

UNIVERSITE DE NANCY II

**LA PUBLICITE
DES INFORMATIONS
CONCERNANT
LES SOCIETES ANONYMES**

**Claude BOURGAUX
ASSISTANT DE DROIT PRIVE**

1976

UNIVERSITE DE NANCY II

**LA PUBLICITE
DES INFORMATIONS
CONCERNANT
LES SOCIETES ANONYMES**



Claude BOURGAUX
ASSISTANT DE DROIT PRIVE

Thèse pour le Doctorat d'État - Droit privé
présentée et soutenue publiquement le 30 avril 1976
sous la présidence de M. René ROBLOT
Professeur à l'Université de Nancy II

LA PUBLICITE
DES INFORMATIONS
CONCERNANT
LES SOCIÉTÉS ANONYMES



Claude BOURGAUX
ASSISTANT DE DROIT PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat ès Lettres - Droit privé
présentée et soutenue publiquement le 20 avril 1978
par le candidat M. Claude BOURGAUX
Professeur à l'Université de Nancy II

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être con-
sidérées comme propres à leur auteur.

— AVERTISSEMENT —

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) d'un document original fourni par l'auteur

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble II) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé

T A B L E des M A T I E R E S
=====

INTRODUCTION	p. 3
 P R E M I E R E P A R T I E : L'ORGANISATION DE LA PUBLICITE	 p. 19
 <u>TITRE PREMIER : LES INSTRUMENTS DE LA PUBLICITE</u>	 p. 23
 CHAPITRE I - La publicité statique	 p. 29
 <u>Section 1 - Le registre du commerce</u>	 p. 29
§ 1. Organisation du registre du commerce	p. 33
A/ Le registre local	p. 33
I - Détermination du greffe compétent pour recevoir la publicité	p. 33
II - Organisation matérielle du registre du commerce	p. 35
B/ Le registre national	p. 38
C/ Le projet de registre du commerce européen	p. 39
§ 2. Fonctionnement du registre du commerce	p. 40
A/ Le domaine de la publicité au registre du commerce	p. 41
B/ Les bénéficiaires de la publicité au registre du commerce	p. 42
 <u>Section 2 - La communication au siège social de la société</u>	 p. 46
§ 1. L'organisation de la publicité au siège social	p. 46
A/ La définition du lieu où doit s'opérer la communication	p. 46
B/ L'inadaptation de cet instrument à toutes les sociétés	p. 47

§ 2. Fonctionnement de cet instrument de publicité	p. 48
A/ Les bénéficiaires de la communication des renseignements au siège social	p. 49
I - L'actionnaire	p. 49
a) L'actionnaire a-t-il la faculté de se substituer un mandataire ?	p. 49
b) L'assistance d'un expert	p. 52
II - Les autres bénéficiaires de la communication au siège social	p. 52
B/ Les modalités d'exercice de la communication au siège social	p. 54
CHAPITRE II - La publicité dynamique	p. 61
<u>Section 1</u> - La publicité réalisée par l'envoi d'informations au domicile des actionnaires	p. 61
§ 1. Les cas dans lesquels cette forme de publicité est utilisée	p. 62
A/ Le respect des dispositions légales	p. 62
I - Envoi automatique	p. 62
II - Envoi sur demande de l'actionnaire	p. 66
B/ L'envoi d'informations en dehors des cas prévus par la réglementation	p. 67
§ 2. Le fonctionnement de cet instrument de publicité	p. 69
A/ Les difficultés tenant à la preuve de la réception des documents	p. 69
B/ Les difficultés tenant à la forme des titres et à leur dispersion	p. 70
<u>Section 2</u> - La publicité diffusée dans le public	p. 73
§ 1. La notion d'appel public à l'épargne	p. 74
A/ Le critère de distinction	p. 75
B/ Les difficultés d'application du critère	p. 80

§ 2. Les instruments de la publicité diffusée dans le public	p. 84
A/ Les instruments concernant toutes les sociétés	p. 85
I - La publicité par voie de journaux	p. 86
a) Le B.O.D.A.C.	p. 86
b) Les journaux d'annonces légales	p. 89
c) Le rôle de la presse en général	p. 93
II - Publicité par le moyen de la correspondance et des papiers commerciaux	p. 96
B/ Les instruments de publicité spécifiques aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne	p. 98
I - Le B.A.L.O.	p. 98
II - Les notes d'information	p. 101

<u>TITRE SECOND : LA MISE EN OEUVRE DE LA PUBLICITE</u>	p. 105
---	--------

CHAPITRE I - Les organes investis d'une mission d'information	p. 107
---	--------

<u>Section 1 - Les commissaires aux comptes</u>	p. 107
---	--------

§ 1. Les conditions d'un exercice efficace de la mission des commissaires aux comptes	p. 108
A/ L'indépendance et la compétence des commissaires aux comptes	p. 108
I - L'indépendance	p. 109
a) Le régime des incompatibilités	p. 110
b) L'indépendance du commissaire assurée par les conditions de sa nomination et de sa révocation	p. 113
1. La récusation	p. 113
2. La révocation	p. 116
II - La compétence	p. 118
B/ Les prérogatives des commissaires aux comptes	p. 123
§ 2. Le contenu de la mission des commissaires aux comptes	p. 126
A/ Le contrôle de l'information réalisée par les dirigeants	p. 126
B/ La mission d'information des commissaires aux comptes	p. 129

<u>Section 2</u> - L'expert de minorité	p. 131
§ 1. Conditions de nomination de l'expert	p. 134
A/ Rôle subsidiaire de l'expert de minorité par rapport aux commissaires aux comptes	p. 135
B/ L'expert de minorité, organe autonome de contrôle des sociétés anonymes	p. 138
§ 2. Exécution de la mission	p. 141
A/ Etendue de la mission	p. 142
B/ Modalités d'exécution de la mission	p. 145
CHAPITRE II - Le rôle des autorités extérieures à la société	p. 149
<u>Section 1</u> - Le contrôle de la publicité au registre du commerce	p. 149
§ 1. Description du contrôle mis en place	p. 150
§ 2. Le contrôle préventif français au regard des dispositions de la 1 ^o directive européenne	p. 152
<u>Section 2</u> - Le rôle du pouvoir judiciaire	p. 156
§ 1. Les autorités judiciaires compétentes	p. 157
A/ Le juge des référés	p. 157
B/ Les tribunaux	p. 162
§ 2. Les pouvoirs des autorités judiciaires dans la mise en oeuvre de la publicité	p. 162
A/ L'application des prescriptions légales édictées par le droit des sociétés	p. 163
B/ Les tribunaux peuvent-ils accorder un droit de communi- cation plus large que celui prévu par le droit des so- ciétés	p. 166

Section 3 - Le contrôle de la Commission des opérations de bourse p. 172

§ 1. Les attributions de la C.O.B.	p. 174
A/ Mission de la C.O.B.	p. 174
B/ Moyens d'action de la C.O.B.	p. 176
§ 2. Résultats du contrôle opéré par la C.O.B.	p. 180

DEUXIEME PARTIE : L'OBJET DE LA PUBLICITE p. 187

TITRE PREMIER : STRUCTURE ET ORGANISATION DE LA SOCIETE p. 191

CHAPITRE I - La structure de la société p. 193

Section 1 - Les statuts p. 193

§ 1. Forme et contenu des statuts	p. 194
A/ La forme des statuts	p. 194
B/ Le contenu des statuts	p. 197
§ 2. Les formalités de publicité	p. 202
A/ Formalités concomitantes de la constitution	p. 202
I - Le dépôt d'un projet de statuts au greffe du tribunal de commerce du lieu du futur siège social	p. 203
II - L'avis dans un journal d'annonces légales	p. 204
B/ Formalités postérieures à la constitution	p. 206
I - La publicité statique	p. 206
II - La publicité dynamique	p. 206

Section 2 - La nomination et la cessation des fonctions des organes sociaux p. 209

§ 1. Personnes dont la nomination ou la cessation des fonctions doit être publiée	p. 210
---	--------

§ 2. Les formalités de publicité à accomplir	p. 213
<u>Section 3</u> - Les modifications des structures	p. 216
§ 1. Publicité commune à toutes les modifications statutaires	p. 216
§ 2. Publicité renforcée pour certaines modifications statutaires	p. 219
A/ Réglementation des fusions et scissions	p. 219
I - Publicité du projet	p. 220
II - Publicité de l'opération réalisée	p. 227
B/ Publicité relative à la dissolution de la société	p. 231
I - Publicité de la mise en liquidation	p. 232
II - Publicité de la gestion de la société en liquidation	p. 234
CHAPITRE II - Réunion des capitaux et opérations financières	p. 237
<u>Section 1</u> - La réunion des capitaux	p. 237
§ 1. Publicité financière lors de la sollicitation de l'épargne	p. 239
A/ Publicité d'une notice au B.A.L.O.	p. 241
B/ La note d'information	p. 243
C/ Réglementation du bulletin de souscription	p. 249
§ 2. Le régime particulier des apports en nature	p. 252
<u>Section 2</u> - Les modifications affectant le capital	p. 255
§ 1. Les modifications du montant du capital	p. 255
A/ Augmentation de capital	p. 255
I - L'exercice du droit préférentiel de souscription	p. 256
II - La renonciation au droit préférentiel de souscription	p. 256
B/ Réduction du capital	p. 263
§ 2. Modifications de la répartition du capital	p. 266
A/ La publicité des cessions de titres nominatifs	p. 267

B/ La protection des intérêts pécuniaires des actionnaires lors des offres publiques d'achat et des cessions de contrôle	p. 270
I - Les offres publiques d'achat	p. 271
a) L'élaboration de la réglementation française	p. 272
b) L'information réalisée par la Chambre syndicale des agents de change	p. 276
c) L'information des actionnaires par les sociétés concernées	p. 279
II - Les cessions de blocs de contrôle	p. 281
 <u>TITRE SECOND : INFORMATIONS RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DE LA</u> <u>SOCIETE</u>	 p. 289
 CHAPITRE I - Publicité concernant la tenue des assemblées	 p. 291
 <u>Section 1</u> - Informations destinées à permettre la participation à l'assemblée	 p. 292
§ 1. Convocation et ordre du jour	p. 293
A/ Les formalités de convocation	p. 293
I - Formes de la convocation	p. 294
II - Délais de convocation	p. 295
B/ Le contenu de la convocation	p. 296
I - Le principe de la rédaction de l'ordre du jour par l'auteur de la convocation	p. 297
II - L'exception au principe de la rédaction de l'ordre du jour par l'auteur de la convocation	p. 299
§ 2. La liste des actionnaires	p. 303
 <u>Section 2</u> - L'information destinée à éclairer le vote des action- naires	 p. 304
§ 1. Le vote par procuration	p. 304
A/ La réglementation du droit français	p. 307
B/ Les insuffisances du système français	p. 309

§ 2. L'information visant à assurer l'intelligence du vote	p. 312
A/ Les renseignements concernant les dirigeants	p. 315
I - Les rémunérations	p. 315
II - Les conventions conclues entre la société et ses dirigeants	p. 318
B/ Les renseignements concernant les comptes sociaux	p. 322
C/ Le rapport des dirigeants	p. 326
D/ Les rapports des commissaires aux comptes	p. 328
I - Le rapport général des commissaires aux comptes	p. 329
II - Les rapports particuliers	p. 331
 CHAPITRE II - La publicité des résultats	 p. 335
<u>Section 1</u> - La publicité périodique	p. 336
§ 1. Publicité générale des comptes annuels	p. 336
A/ La présentation des comptes	p. 338
B/ Les problèmes de fond qui retentissent sur la signification des comptes	p. 342
I - La vision déformée de la réalité	p. 343
II - Les comptes consolidés	p. 345
§ 2. Publicité spéciale aux sociétés cotées	p. 347
A/ Publicité des comptes annuels	p. 348
B/ Publicité en cours d'exercice du chiffre d'affaires et d'une situation provisoire du bilan	p. 350
I - Publication trimestrielle du chiffre d'affaires	p. 350
II - Publication semestrielle d'une situation provisoire du bilan	p. 352
<u>Section 2</u> - Publicité occasionnelle	p. 355
§ 1. L'exemple des droits anglo-saxons	p. 358

A/ Les Etats-Unis	p. 358
I - L'obligation d'informer pesant sur les sociétés	p. 358
II - L'information occasionnelle au niveau des rapports entre dirigeants et épargnants lors des transactions sur les valeurs mobilières	p. 360
B/ La Grande-Bretagne	p. 362
§ 2. L'action de la C.O.B.	p. 362
A/ Les principes gouvernant l'information occasionnelle en France	p. 363
B/ Les facteurs personnels d'une bonne information occasion- nelle	p. 366
 <u>T R O I S I E M E P A R T I E : LES SANCTIONS DE LA PUBLICITE</u>	 p. 371
 <u>TITRE PREMIER : L'EFFICACITE OU L'INEFFICACITE D'UN ACTE OU D'UN FAIT</u>	 p. 375
 CHAPITRE I - La jouissance de la personnalité morale	 p. 377
 <u>Section 1 - Le lien entre la personnalité morale et l'immatricula- tion au registre du commerce</u>	 p. 377
§ 1. L'état du droit antérieur : l'indépendance entre les deux notions	p. 377
§ 2. Les solutions actuelles	p. 379
 <u>Section 2 - La situation des sociétés en l'absence d'immatricula- tion</u>	 p. 381
§ 1. Nature juridique de la société non immatriculée	p. 381
A/ L'hypothèse de l'existence d'un contrat	p. 382
B/ L'hypothèse de l'absence de contrat	p. 385

§ 2. Conséquence du défaut de personnalité morale	p. 388
---	--------

CHAPITRE II - La nullité	p. 391
--------------------------	--------

<u>Section 1</u> - Les cas de nullité	p. 393
---------------------------------------	--------

§ 1. Les cas de nullité résultant de la violation de la loi sur les sociétés	p. 394
--	--------

A/ La nullité de la société ou d'un acte modifiant les statuts	p. 394
--	--------

I - La nullité de la société	p. 395
------------------------------	--------

II - La nullité des actes modifiant les statuts	p. 397
---	--------

B/ La nullité des autres actes ou délibérations	p. 397
---	--------

I - Le critère d'appréciation de l'influence de l'irrégularité sur le vote	p. 399
--	--------

II - La preuve de l'incidence de l'irrégularité sur la délibération	p. 401
---	--------

§ 2. Les cas de nullité résultant de l'application du droit des contrats	p. 403
--	--------

A/ Le cas particulier de la nullité des sociétés anonymes	p. 403
---	--------

B/ Les vices du consentement admis dans le droit des sociétés	p. 405
---	--------

I - L'erreur	p. 406
--------------	--------

II - Le dol	p. 408
-------------	--------

a) Les manoeuvres constitutives de dol	p. 409
--	--------

b) Le caractère personnel du dol	p. 411
----------------------------------	--------

<u>Section 2</u> - Régime juridique de l'action en nullité	p. 413
--	--------

§ 1. Les obstacles à l'exercice de l'action en nullité	p. 413
--	--------

A/ La genèse du mécanisme de la régularisation	p. 415
--	--------

B/ Le mécanisme de la régularisation dans la loi du 24.7.1966	p. 417
---	--------

I - La réparation du vice au cours d'une action en nullité	p. 417
--	--------

II - La régularisation indépendamment d'une action en nullité	p. 418
---	--------

§ 2. Les effets de la nullité	p. 421
-------------------------------	--------

CHAPITRE III - L'inopposabilité	p. 425
---------------------------------	--------

<u>Section 1</u> - L'inopposabilité : sanction de l'inaccomplissement de la publicité	p. 426
---	--------

§ 1. Le principe de l'inopposabilité attaché à l'inaccomplissement de la publicité	p. 426
--	--------

A/ La source de l'inopposabilité	p. 427
----------------------------------	--------

B/ Les effets de l'inopposabilité	p. 432
-----------------------------------	--------

§ 2. Les exceptions au principe de l'inopposabilité attaché à l'inaccomplissement de la publicité	p. 433
---	--------

<u>Section 2</u> - L'efficacité à l'égard des tiers des actes et délibérations publiés	p. 436
--	--------

§ 1. La publicité créatrice de droit : la purge des irrégularités des actes de nomination des organes	p. 437
---	--------

§ 2. La publicité impuissante à créer une situation de droit : l'inopposabilité aux tiers de certaines situations publiées	p. 439
--	--------

A/ Inopposabilité aux tiers des actes et délibérations publiés, contraires à la réalité	p. 441
---	--------

B/ Inopposabilité aux tiers des clauses statutaires régulièrement publiées concernant les pouvoirs des dirigeants	p. 443
---	--------

<u>TITRE SECOND : LES RESPONSABILITES ENCOURUES POUR VIOLATION DES REGLES CONCERNANT LA PUBLICITE</u>	p. 447
---	--------

CHAPITRE I - La responsabilité civile	p. 449
---------------------------------------	--------

<u>Section 1</u> - La responsabilité des personnes qui exercent des fonctions au sein de la société	p. 449
---	--------

§ 1. Responsabilité encourue pour une irrégularité commise lors de la période constitutive	p. 450
§ 2. Responsabilité encourue pendant la vie sociale	p. 451
<u>Section 2</u> - La responsabilité des personnes n'exerçant pas de fonctions au sein de la société	p. 456
§ 1. La responsabilité des tiers qui se sont associés aux agissements irréguliers des organes de la société	p. 457
A/ Responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle	p. 458
B/ Responsabilité contractuelle	p. 460
§ 2. La responsabilité encourue par les tiers pour une faute personnelle distincte de celle des dirigeants	p. 462
CHAPITRE II - La responsabilité pénale	p. 465
<u>Section 1</u> - La définition des infractions sanctionnant les règles de publicité	p. 466
§ 1. Les infractions de droit commun	p. 466
A/ L'article 405 du code pénal : le délit d'escroquerie	p. 467
B/ Le faux en écriture privée de commerce ou de banque	p. 471
I - La fabrication du faux	p. 471
II - L'usage de faux	p. 473
§ 2. Les infractions du droit pénal spécial des sociétés	p. 473
A/ L'interdiction de certaines publications	p. 475
I - La publication de faits faux	p. 475
a) Incrimination de la fausse publication en soi	p. 476
b) Incrimination de la fausse publication à travers ses conséquences	p. 479
II - Usage irrégulier de titres dans la réclame financière	p. 483

B/ Les infractions érigées pour que soient respectées les formalités de publicité	p. 484
<u>Section 2</u> - Mise en oeuvre de la responsabilité pénale	p. 487
§ 1. Personnes punissables	p. 487
§ 2. Exercice des poursuites	p. 491
A/ Le rôle des commissaires aux comptes	p. 491
B/ Le rôle de la C.O.B.	p. 496
CONCLUSION	p. 501
BIBLIOGRAPHIE	p. 509
TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES	p. 543

"La publicité est la lumière du monde juridique, le régime occulte ou semi-occulte est le règne des ténèbres ou de la pénombre. A mesure que le droit progresse, il entre davantage dans la zone lumineuse".

Raoul de la Grasserie ; De la publicité
personnelle ; Revue générale du droit, de
la législation et de la jurisprudence en
France et à l'étranger ; tome 22, année 1898,
p. 112.

INTRODUCTION

1 Un des faits les plus saillants de l'histoire économique moderne est l'essor prodigieux des sociétés par actions. Le groupement du capital constitue le moteur essentiel du progrès technique dans les sociétés non marxistes. On a même pu écrire que, plus heureux qu'Archimède, les capitaux avaient trouvé dans les sociétés par actions un levier pour soulever le monde (1).

Mais toute médaille a son revers. Les avantages ne doivent pas laisser dans l'ombre les désastres que ces sociétés ont causés. La ruine de firmes réputées puissantes eut de douloureux et profonds retentissements pour ceux qui y avaient investi des fonds ou qui leur avaient accordé crédit. Certes, le risque est inhérent à la vie des affaires et ne saurait être totalement exclu ; encore convient-il néanmoins de pouvoir en mesurer l'étendue. La publicité répond à cette préoccupation essentielle. Elle s'entend de l'ensemble des dispositions prises en vue de la réalisation d'une information. Il importe que tous ceux qui souhaitent se renseigner puissent y parvenir aisément. Ce faisant, la publicité doit dissuader les dirigeants de sociétés de commettre ce qu'ils n'oseraient pas révéler(2).

(1) Thèse R. Nantas, De la publication des actes des sociétés de commerce, Lyon, 1909, p. 1 ; Ripert énonce dans l'introduction de son ouvrage "Aspects juridiques du capitalisme moderne", 2ème éd. 1951 : "... depuis un siècle, ce ne sont plus les hommes qui détiennent les grandes positions du commerce et de l'industrie ; ils ont été éliminés par les sociétés par actions".

(2) Justice Brandeis : "Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants, electric light the most efficient policeman". Cité in Other people's money, Harper and Row, New-York, 1967, p. 62 et par Tunc, Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis, R.T.D. Com. 1952 p. 256.

Toutes les législations, de tous temps, s'accordèrent généralement sur le principe, sinon sur les moyens. La création des sociétés commerciales a toujours été accompagnée d'une certaine publicité. Elle apparut en France au seizième siècle dans l'ordonnance de Blois de 1579. Ce texte visait les sociétés constituées entre étrangers sur le sol du royaume, qui devaient, sous peine de sanctions rigoureuses, être inscrites sur des registres spéciaux tenus dans les baillages, les sénéchaussées et les hôtels communaux des villes. La publicité des sociétés constituées entre régnicoles vit le jour cinquante ans plus tard, dans l'ordonnance de 1629 (Code Michaud) qui étendit à toutes les sociétés générales, c'est-à-dire en nom collectif, l'obligation de l'enregistrement et du dépôt de la raison sociale sur les registres précédemment indiqués. L'opposition des Parlements empêcha toutefois l'application rigoureuse de ces dispositions qui furent renouvelées dans la grande ordonnance sur le commerce terrestre de 1673. Elles prescrivaient pour toute société en nom collectif ou en commandite exclusivement formée entre négociants : l'enregistrement par extraits au greffe de la juridiction consulaire ou à défaut à l'hôtel commun de la ville ou au greffe du juge royal ou seigneurial, et l'insertion dans cet extrait, signé des associés ou de leurs fondés de procuration, des mentions dont la connaissance était indispensable aux tiers. Le code de commerce de 1807 complété par la loi du 31.3.1833, institua un régime de publicité qui s'inspirait de l'ordonnance de 1673.

Cependant, les moyens alors utilisés - affichage dans la salle d'audience du tribunal de commerce pendant trois mois, dépôt des actes dans les greffes et insertion dans les journaux d'annonces légales - se révélèrent inopérants (1). Mais, si l'intégralité des règles de publicité édictées par le code de commerce tenait en deux articles (2), il ne faut pas perdre de vue que la constitution des sociétés anonymes était soumise à l'obtention préalable d'une autorisation administrative. Ce système,

(1) Thèse R. Guignard, La publicité dans les sociétés par actions, Poitiers, 1926, p. 13 et 14.

(2) Thèse P. Barthas, La nouvelle publicité des sociétés de commerce, Toulouse, 1936, p. 18.

commun aux diverses législations européennes de la première partie du dix-neuvième siècle, permettait à l'Etat de s'opposer à ce que se constituassent des sociétés n'offrant pas de garanties suffisantes de solvabilité.

3 Avec le développement des idées libérales et la loi du 24.7.1867, le principe de libre formation de la société par actions fut restauré (1) sous réserve du respect d'une réglementation. La constitution de la société ainsi que ses modifications furent sujettes à publicité. Mais de nombreuses imperfections pouvaient être relevées.

D'abord, la publicité concernait uniquement la société constituée. Aucune mesure de publicité n'était requise au profit des souscripteurs. Le législateur avait estimé qu'il appartenait à chaque apporteur de fonds de se renseigner personnellement (2). Il était seulement admis, par transposition des textes réprimant l'escroquerie (3), que si les fondateurs avaient tenu à rédiger les statuts et si sur la foi de ce document ils avaient recueilli des adhésions, il leur était impossible d'en modifier les termes. Il fallut l'intervention d'une loi de 1907 puis des décrets-lois de 1935, pour que fussent éclairés les souscripteurs.

Ensuite, les révocations et démissions, pas plus que les nominations d'administrateurs nouveaux n'étaient soumises à publication. La composition du premier conseil d'administration n'était elle-même connue que par le dépôt au greffe des procès-verbaux des assemblées constitutives. Ici encore, un décret-loi de 1935 dut améliorer le régime existant.

Et puis, aucune divulgation de renseignements financiers n'était prévue. La loi du 30.1.1907 exigea bien la publication des bilans, mais uniquement à l'occasion d'un appel public à l'épargne. Il fallut attendre une ordonnance du 4.2.1959 pour qu'apparût l'obligation pour les sociétés cotées en bourse de publier périodiquement certains résultats comptables.

(1) Loi de 1867 en France, 1873 en Belgique, 1884 en Allemagne, 1881 en Suisse, 1869 en Espagne, Joint Stock Companies Act de 1844 et Companies Act de 1862 en Angleterre. L'autorisation gouvernementale subsiste, par exemple, en Egypte. Thèse Hossam M. Issa, Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte, 1969, p. 69.

(2) Thèse R. Guignard, préc. p. 26 ; thèse J. Hourtoulle, La souscription d'actions, Bordeaux, 1942, p. 5.

(3) L'article 15 de la loi de 1867 renvoyait à l'article 405 du code pénal.

4

Enfin et surtout, le fonctionnement de la société trahissait une profonde antinomie. Le contrôle des pouvoirs publics disparaissant, ce furent les associés eux-mêmes qui se virent investis de la mission de surveiller l'emploi de leur argent. Il fut décidé que l'assemblée générale des actionnaires serait réunie au moins une fois par an et qu'elle chargerait une ou plusieurs personnes de vérifier les livres de la société et d'établir un rapport sur l'activité du groupement. Mais, paradoxe, alors que toute l'organisation de la société anonyme recevait le qualificatif de démocratique - Thaller n'écrivait-il pas que l'assemblée générale constituait "l'âme même de la personne morale" (1) - en fait, l'actionnaire était trop souvent dépourvu de tout pouvoir réel et se voyait refuser sur l'activité de la société toute information utile. N'était-il pas symptomatique qu'en 1954, une société se pourvût devant une Cour d'appel dans l'espoir de cacher à un de ses membres une information à laquelle il avait pourtant droit en faisant valoir que ce renseignement laissait deviner approximativement son chiffre d'affaires.

Il y avait là entre le droit et les faits un divorce radical qui favorisait des pratiques autocratiques pleines de dangers. Effectivement, des scandales financiers ont confirmé que le conseil d'administration était un maître omnipotent sans contrôle effectif et que des personnes sans scrupules pouvaient tenter d'en abuser (2). Une confusion avait été commise. En réalité, la démocratie dont il s'agissait avait consisté uniquement à attribuer les mêmes droits à chaque action. Etait-ce suffisant ? Au sens premier du terme, la démocratie place l'origine du pouvoir - politique - dans la volonté collective - des citoyens -. Elle repose sur le respect de la liberté et de l'égalité. On l'avait réduite à un simple égalitarisme juridique (3).

(1) E. Thaller, Note sous Civ. 30.5.1892 D.P.-1893 - 1 - 105.

(2) Affaire du Bon Marché : Paris 9.1.1952 D. 1952 - 383 ; article A. Tunc, L'effacement des organes légaux de la société anonyme, D. 1952 - 73.

(3) Lamartine : "La démocratie est l'égalité, c'est-à-dire la participation à droit égal, à titre égal à la délibération des lois et au gouvernement de la nation", dans : Le passé, le présent, l'avenir de la République, II, IV.

Très peu d'information donc pas de liberté. En outre, l'égalité restait conçue de façon trop abstraite. Qu'aurait-on dit d'une République où le droit de vote n'aurait pu être exercé qu'à la mairie du premier arrondissement de Paris ? (1). Les défauts du système appelaient une réforme. L'opinion était unanimement admise. En revanche, les points de vue divergeaient dès lors qu'il s'agissait de préciser le sens des améliorations à apporter.

5

Pour certains juristes, au nombre desquels figurait Ripert, vains étaient les efforts du législateur pour rétablir les actionnaires dans leurs prérogatives : "Ils (les actionnaires) ont apporté les biens ou l'argent qui ont créé l'entreprise, mais, ensuite, leur intervention ne se comprend plus. Ils n'auraient pas l'idée d'aller mettre leurs doigts dans les machines industrielles qui fabriquent les produits, pour-quoi dirigerait-ils la machine juridique qui fait fonctionner l'entreprise ?" (2). D'ailleurs, remarquait un autre auteur : "On ne peut utilement protéger ceux qui ne veulent pas se protéger eux-mêmes" (3).

Les rédacteurs de la loi cadre du 20.6.1957 devaient, dans une certaine mesure, exaucer ces souhaits. En effet, afin que l'Etat pût céder des parts de sociétés où il était majoritaire et entendait le rester, ils abandonnèrent au Gouvernement le droit de "fixer les conditions dans lesquelles l'Etat, ainsi que les personnes morales et privées qui seront spécialement autorisées par décret, seront habilitées à émettre ou à faire émettre des certificats négociables des droits attachés aux actions des sociétés de recherche, d'exploitation et de transformation d'hydrocarbure qui leur appartiennent, à l'exception du

(1) Préface de M. Tunc à la thèse de C. Heurteux, L'information des actionnaires et des épargnants en droit français et comparé, Grenoble, 1960.

(2) Ouvrage préc. p. 91.

(3) Jean Perroud, La condition de l'actionnaire. Le droit privé français au milieu du vingtième siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, 1950, t. 2, p. 319 et s.

droit de vote dans les assemblées générales" (1). Cette institution limitée d'actions démunies de droit de vote pouvait laisser présager une généralisation ultérieure de la solution à l'instar des "no voting shares" d'Outre-Manche.

- 6 Mais fallait-il se résigner à tant de désillusion et écarter irrémédiablement l'actionnaire des affaires sociales alors qu'il y avait apporté ses fonds ? Devait-on considérer que seule la pensée d'effectuer un placement l'avait animé ? Cet état d'esprit habite effectivement un grand nombre de propriétaires d'actions. Il eût été pourtant exagéré d'en tirer la conséquence que tous dussent être dépouillés de leurs attributs dans le fonctionnement de la société. N'est-il pas beaucoup plus normal d'édicter une présomption inverse et de raisonner sur ce fondement sans accorder une importance excessive à une situation pathologique. Deux raisons concouraient à renforcer ce point de vue. D'abord, l'actionnaire avait-il jamais été doté des moyens adéquats pour pouvoir s'associer véritablement à la vie sociale ? Avant de déclarer son indifférence rédhibitoire, encore convenait-il d'améliorer les conditions de sa participation (2).

Ensuite, s'il était parfaitement exact que la souveraineté des actionnaires - en tant que source de tous les pouvoirs - ne pouvait être restaurée (3), du moins importait-il de conserver à l'assemblée générale une mission de contrôle de la direction.

-
- (1) J. Rault, Les certificats pétroliers, R.T.D. Com. 1957, 843:..."véritable révolution dans la conception traditionnelle de l'action et, par voie de conséquence, dans la structure des sociétés anonymes"; A. Toulemon, L'avenir des sociétés anonymes, R.T.D. Com. 1957, 913).
- (2) Art. Tunc préc. : "On dirait volontiers que nos lois sont inefficaces par la faute des hommes à qui on en confie l'application. Mais il appartient au législateur lui-même d'empêcher la négligence ou l'inaptitude. C'est le rôle de toutes les lois que faire régner par l'autorité un ordre qui s'établirait de lui-même si les hommes étaient des anges".
- (3) Civ. 4.6.1946 S. 1947 - 1 - 153 note Barbry, J.C.P. 1942 - 2 - 3518 - note Bastian. La société anonyme "est une société hiérarchisée et comportant séparation des pouvoirs ; chaque organe a sa place déterminée par rapport aux autres, et sa fonction sur laquelle les autres organes ne peuvent empiéter".

7

Cette fonction constitue un minimum irréductible. Sinon quel serait le sens de l'action des dirigeants ? A qui seraient-ils redevables de leur gestion ? A eux-mêmes ? Ce serait le règne des technocrates. Mais d'où ceux-ci tireraient-ils leur légitimité ? De leurs compétences ! Cependant, par qui seraient-elles reconnues et qui les investirait de leurs responsabilités sociales ? Peut-être qu'un jour ce seront les travailleurs de l'entreprise. N'est-ce pas une constante de la législation depuis 1945 que de les rapprocher des prises de décision en les informant. Un des signes les plus récents de ce phénomène ressort du rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise présidé par M. Pierre Sudreau qui prévoit l'obligation pour les sociétés de publier annuellement un ensemble de données sociales chiffrées servant d'indicateurs sur leur situation et leur politique à cet égard (1). D'aucuns espèrent associer encore davantage les salariés au pouvoir économique, voire à leur en attribuer la mainmise. Jusqu'à présent néanmoins, les apporteurs de capitaux conservent fondamentalement cette prérogative. Que l'on y voie une conséquence de leur droit aux bénéfices ou une garantie contre le risque de perte de leurs apports, il est logique que les administrateurs leur rendent compte de la gestion qu'ils mènent (2).

Il eût été paradoxal que les personnes grâce auxquelles ou par qui une société a été créée n'eussent ensuite aucun droit de regard sur elle. Ce sont leurs fonds qui sont en jeu et il serait inconcevable de prétendre leur cacher la façon dont ils sont dépensés. Même ainsi définie, la mission de l'assemblée générale des actionnaires ne saurait être efficace en l'absence de renseignements à la fois précis et exacts sur la marche des affaires sociales. Les actionnaires doivent être en mesure de se prononcer de manière éclairée et libre. Le jeu des principes démocratiques doit subsister dans le cadre des assemblées.

(1) Rapport 1975 - Coll. - 10-18, p. 71.

(2) R. Granger, La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Thèse, Paris, 1951 n° 132 p. 169 : "La nature même du contrat de société implique que l'on reconnaisse un droit de contrôle étendu à tout associé qui ne participe pas directement à la gestion sociale".

8

Il n'y a là du reste que la manifestation de la nécessité d'organiser une information au profit de l'épargne. Envisagée sous un aspect particulier, la publicité doit éclairer le choix des épargnants dans leurs placements en faveur de telle ou telle société. Il faut empêcher la création de sociétés fictives ou irrégulières, assurer la régularité des souscriptions ou des versements, établir et vérifier les bilans. Il s'agit toujours de protéger les capitalistes qui remettent des fonds aux promoteurs ou qui leur en prêtent en qualité d'obligataires. S'il en était besoin, cette considération justifierait encore que les actionnaires aient à leur disposition tous les éléments utiles pour apprécier l'opportunité de retirer leur mise de la société. Cette politique favorise à terme l'intérêt même des administrateurs puisqu'ils y gagnent le crédit des investisseurs et acquièrent un sentiment accru de responsabilité et de prudence. En revanche, le mutisme suscite la défiance en permettant au surplus que de faux bruits se répandent. Sans compter que le secret sert souvent de prétexte à un silence qui a des raisons profondes moins avouables.

D'un point de vue général, l'information est susceptible de stabiliser le marché financier en accroissant la confiance du public dans les valeurs mobilières à revenu variable. En effet, comment escompter un tel résultat si la décision d'investir ne peut intervenir avec rationalité et que par la suite les titres acquis montent ou baissent pour des raisons que leur titulaire ignore et ignorera toujours. A partir de 1962 environ, une telle suspicion vis-à-vis des actions des sociétés françaises se développa. La bourse de Paris déclinait alors qu'au cours de la même période celles de Londres et New-York montraient davantage de ressort. Les introductions à la cote de valeurs nouvelles, si utiles pour assurer la croissance d'entreprises jusqu'alors confinées dans un cercle étroit avaient presque complètement disparu ici tandis qu'ailleurs elles continuaient par centaines. De surcroît, cette désaffection pour les titres cotés tendait à s'accroître par un phénomène multiplicateur. Parce qu'il ne pouvait plus espérer trouver en bourse les ressources nécessaires à ses investissements, l'entrepreneur employait ses bénéfices à la réalisation de ceux-ci. Mais, ce faisant, étaient amputés d'autant les dividendes distribuables aux actionnaires. Ces der-

niers, privés d'un revenu appréciable et compte tenu de la difficulté de réaliser leurs valeurs à un prix avantageux, avaient une raison supplémentaire de fuir le marché. Prenant conscience de ces données, l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 a lié étroitement le développement du marché et l'information des porteurs de valeurs mobilières (1).

9

L'orientation de l'information vers des actionnaires éventuels tend à satisfaire du même coup la légitime curiosité des tiers qui entrent en relations avec la société. La sécurité des transactions commande la connaissance de l'état et de la capacité des personnes morales cocontractantes, ainsi que de l'étendue des garanties qu'elles offrent (2). De par le risque qu'ils acceptent de courir en prêtant de l'argent à la société, les créanciers sociaux sont particulièrement intéressés à la marche des affaires sociales. Connaître la solvabilité revêt d'autant plus d'importance, s'agissant d'une société par actions, que la responsabilité des associés se trouve par définition limitée au montant de leurs apports.

La création du Marché commun a rendu plus nécessaire encore la satisfaction de cet impératif car il importe que chaque société puisse nouer des relations confiantes avec les ressortissants des divers Etats membres. En outre, à défaut de coordination entre les législations, il aurait été à craindre que les sociétés aillent s'établir de préférence dans le pays dont la réglementation se serait révélée la plus laxiste (3).

(1) Ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 instituant la Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse.

(2) A l'inverse, la clandestinité des sociétés civiles entrave leur activité. Delaisi, La clandestinité des sociétés civiles, G.P. 1966 - 6.

(3) J. Renauld, Droit européen des sociétés, Louvain, 1969, p. 016 ; P. Van Ommeslaghe, L'information du grand public des épargnants, Rev. pratique des sociétés, 1966 - 217.

Le danger était réel car la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés (1) prévoit que sauf réserve des Etats contractants, les sociétés constituées en conformité de la loi d'un pays membre et y ayant leur siège statutaire, continueront à être régies par la loi de cet Etat, même si le siège social réel se trouve sur le territoire d'un autre membre. Une harmonisation s'imposait donc sous peine de fausser artificiellement la concurrence entre sociétés de même forme. La première directive n° 68.151 du 9.3.1968 du Conseil des Communautés européennes amorça cette tâche eu égard aux sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée (2) et sociétés anonymes fermées du droit néerlandais (3).

(1) Convention de Bruxelles du 29.2.1968 prise en vertu de l'article 220 alinéa 3 du traité de Rome qui invitait les Etats membres à assurer la reconnaissance mutuelle des sociétés, le maintien de la personnalité juridique au cas de transfert du siège social d'un pays membre dans un autre, la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes. Y. Loussouarn et J.D. Bredin, Droit du commerce international, 1969, p. 318 et s.

(2) Art. 1 directive.

(3) Art. 2 - 2 directive. Voir sur l'ensemble de la question : R. Sinay, La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français, G.P. 1965 - 1 - p. 38 ; P. Van Omneslaghe, La première directive du Conseil du 9.3.1968 en matière de sociétés, cah. de droit européen, 1969 p. 511 - D'autres propositions de directives communautaires ont été publiées : l'une sur la constitution, le maintien et les modifications du capital des sociétés anonymes (J.O.C.E. n° C 48.8 du 24.4.1970) ; une autre sur les fusions internes des sociétés anonymes (J.O.C.E. n° C 89.20 du 14.7.1970) ; la troisième sur la structure, le contenu et la publicité des comptes annuels des sociétés anonymes et des S.A.R.L. (J.O.C.E. n° C 7 du 28.1.1972) ; la quatrième sur la structure des sociétés anonymes, les pouvoirs et obligations de leurs organes (J.O.C.E. n° C 131.49 du 13.12.1972) ; d'autres encore sont en préparation concernant les valeurs mobilières, la dissolution et la liquidation ainsi que les fusions internationales.

10

Enfin, au-delà de la protection d'intérêts purement privés, la publicité sert la prospérité de la collectivité nationale. Un raisonnement en forme de syllogisme qui voudrait démontrer le bien-fondé de l'affirmation pourrait s'appuyer sur des prémisses dégagées par M. Loze de Plaisance : "Le facteur essentiel de l'enrichissement d'un peuple, plus que son travail ou les ressources naturelles du pays sur lequel il vit : aptitude à épargner. Par l'épargne, les biens s'accroissent, les capitaux augmentent, de nouvelles facultés de production se développent. L'épargne cause d'enrichissement est aussi, et pour cette raison, cause de civilisation... Par contre, la disparition du goût de l'épargne est une cause d'appauvrissement et de décadence : Empire Romain... (or) les sociétés, depuis le début du dix-septième siècle ont constitué le moyen le plus pratique et le plus répandu de rassembler ces capitaux". (1).

Effectivement, l'économie dépend en grande partie du bon fonctionnement des sociétés de capitaux - et parmi elles des sociétés anonymes - en raison de leur position prépondérante dans le commerce et l'industrie. La prééminence des sociétés anonymes au sein des sociétés par actions fut particulièrement mise en évidence lors de l'élaboration de la loi du 24.7.1966. Présentant le projet de loi de réforme des sociétés, Monsieur Foyer, Garde des sceaux, fit remarquer que les statistiques démontraient que non seulement les sociétés en commandite par actions étaient rares, mais que, pratiquement, il ne s'en constituait plus (2). L'évolution dans le temps de la répartition du nombre de sociétés anonymes et de sociétés en commandite par actions confirme ce déclin. En 1950, étaient dénombrées 54.777 sociétés du premier type et 13.085 sociétés du second. En 1964, les chiffres étaient respectivement : 66.968 et 176. Aussi fut-il même envisagé, au cours des travaux préparatoires, d'interdire pour l'avenir la constitution des sociétés en commandite par actions (3). Par ailleurs, d'après des statistiques fournies par le Crédit Lyonnais pour l'année 1974, 51 % des sommes brutes collectées sur le marché financier l'ont été par les entreprises industrielles et com-

(1) La protection de l'épargne et la réforme de la publicité des sociétés de commerce et des émissions, thèse, Toulouse, 1934, p. 1 et 2.

(2) Séance du 1.6.1965, J.O.A.N. p. 1661.

(3) Séance du 11.6.1965, J.O.A.N. p. 2031.

merciales - 17,1 milliards de francs -, 41 % l'ont été par des institutions financières - 14,9 milliards de francs -, et 5 % par les administrations publiques - 1,7 milliard de francs - (1). L'actif et le passif des sociétés anonymes représentent donc un élément essentiel pour le calcul du revenu national. La connaissance de ces données permet aux autorités compétentes d'analyser la conjoncture et d'arrêter toutes mesures utiles (2).

11 Ces diverses considérations ont contribué à accentuer une distinction essentielle entre les sociétés anonymes selon qu'elles font ou non publiquement appel à l'épargne. La même appellation recouvre désormais des situations fort dissemblables. Certaines sociétés anonymes ont été constituées entre un nombre restreint de personnes - souvent sept associés, minimum prévu par la loi - pour des raisons d'ordre fiscal ou successoral. Les dimensions d'autres sociétés anonymes impliquent que leur financement soit assuré au moyen d'un appel public à l'épargne. Le passage de la société close à la société ouverte est pleinement réalisé lorsque, non contente de faire simplement appel au public, la société obtient l'introduction de ses titres en bourse.

Amorcé par le décret-loi du 31.8.1937 qui obligeait les sociétés faisant appel "à l'épargne publique" à choisir un de leurs commissaires aux comptes au moins sur la liste des commissaires agréés établie par les Cours d'appel, le particularisme des sociétés ouvertes qui ne se manifestait que de façon timide dans la loi de 1966 a été singulièrement renforcé par la création de la Commission des opérations de bourse. Et c'est au moins autant dans les décisions, directives et instructions de cette Commission qu'il faut dorénavant rechercher les règles applicables à ces sociétés, que dans les lois et règlements sur les sociétés commerciales. Au regard de la publicité, le critère de l'appel public à l'épargne a pour effet de dispenser ou d'assujettir les sociétés à l'accomplissement de formalités qui mettent parfois en oeuvre des instruments de publicité spécifiques.

(1) Cité dans le rapport 1974 de la C.O.B., p. 154

(2) Article C. Gavalda. Le secret des affaires. Mélanges Savatier, 1965 - 291.

12

Il avait été souvent répété depuis plusieurs années que les sociétés anonymes devaient être des maisons de verre (1). Répondant à cette attente, le législateur comme le pouvoir réglementaire se sont préoccupés d'améliorer l'information. Cette idée représente un des pivots de la réforme du droit des sociétés qu'entreprit la loi du 24.7.1966. A ceux qui, désireux de s'informer, se heurtaient autrefois aux résistances des dirigeants sociaux, l'accès aux documents est maintenant beaucoup plus largement ouvert. A ceux qui s'en remettent à d'autres du soin de veiller à leurs intérêts, des garanties essentielles sont désormais accordées : l'accroissement du rôle des commissaires aux comptes et la création de la Commission des opérations de bourse en constituent les signes patents.

Dans ce dessein, de très nombreuses obligations ont été édictées. D'autant que de toute évidence les diverses catégories d'intéressés n'ont pas besoin de disposer de renseignements identiques. Tous n'ont pas droit aux mêmes documents et les modalités de la communication diffèrent également. L'examen des multiples articles consacrés par la loi du 24.7.1966 (loi n° 66.537) ou le décret du 23.3.1967 (décret n° 67.236) à la publicité laisse apercevoir une grande dispersion. A propos de chaque opération importante est organisée une information préalable ou postérieure à l'événement, en des modalités qui se cumulent parfois et auxquelles périodiquement ou occasionnellement, viennent s'ajouter des mesures de publicité relatives au déroulement de la vie sociale. Malheureusement, la diversité des publications concernant un même fait ne répond pas toujours à des considérations de pure logique. Elle peut résulter d'un phénomène de stratification. Au gré des réformes successives qui ont émaillé l'histoire du droit des sociétés, des obligations se sont quelquefois superposées dont la simultanéité ne se justifie plus (2). Un renoncement à un tel héritage aurait pu être envisagé sans inconvénient. Cela aurait ainsi épargné aux sociétés le respect de formalités surannées.

(1) Note Tunc, sous T.C. Seine 15.1.1953, exprime la théorie de l'information intégrale. D. 1953 - 312.

(2) Louis Loss : "At the very outset, I should say that as we all know, law is largely an accident in each country ; it is a function of history more than of logic"., citation d'un article intitulé, The American Regulatory System, in, Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, Bruxelles, 1970.

La description de la publicité à travers son objet occupera une place centrale dans la présente étude car il est inévitable d'évoquer les circonstances qui justifient d'être portées à la connaissance des actionnaires, des épargnants ou des tiers. L'approche a un caractère traditionnel. Mais elle serait insuffisante. La nécessité de l'information n'est plus discutée. Seules des divergences subsistent sur l'étendue des communications à requérir des sociétés.

Le problème ne se situe donc plus tant exclusivement au niveau des principes qu'à celui de la technique à employer pour les mettre en oeuvre. D'abord parce qu'une information effective commande que ses destinataires puissent l'appréhender aisément. Cela suppose des instruments de publicité adéquats. N'est-ce pas pourquoi les autorités communautaires ont veillé à ce que l'harmonisation entre les législations des Etats membres ne délaissât pas cet aspect. Pourtant, ici encore, le droit français actuel n'a pas su rompre suffisamment avec son passé. Des améliorations pourraient être apportées. Ensuite, indépendamment de cette condition objective d'une réelle information, il importe d'examiner quels facteurs subjectifs concourent à la réalisation du même but. L'application loyale des prescriptions légales incombe fondamentalement aux dirigeants. Toutefois ce fait ne prémunit aucunement les bénéficiaires de la publicité contre une fraude qui risque d'être ourdie à leur préjudice : soit que les obligations prévues par les textes demeurent lettre morte, soit que l'information qui en résulte manque de sincérité ou d'exactitude. Aussi s'avère-t-il particulièrement intéressant de s'attacher aux adjuvants de l'action des représentants de la société. L'inertie et les erreurs involontaires ou calculées des seconds peuvent être déjouées par l'intervention des premiers. La garantie semble tellement essentielle que le législateur l'a considérablement développée. L'ensemble de ces éléments prélude à un accomplissement satisfaisant des mesures d'information. D'un accès aisé, cette dernière devrait rendre compte fidèlement de la réalité.

Pourtant, malgré toutes les précautions qui pourraient être prises, il serait illusoire de prétendre à la perfection. Les sanctions conservent toute leur utilité. Mais ici, le droit abandonne le schéma

classique : responsabilité - civile et pénale - nullité. L'inobservation des règles de publicité appelle en outre des sanctions spécifiques. Sans doute le phénomène reflète-t-il un progrès de la technique juridique. Il convient d'y voir également la marque d'une évolution du rôle de la publicité. Sa fonction naturelle l'a vouée longtemps à renseigner. Or, surtout depuis la réforme amorcée en 1966, elle tend à produire des effets propres.

P R E M I E R E P A R T I E

L'ORGANISATION DE LA PUBLICITE

14

L'organisation de la publicité présente un double aspect. Elle peut être envisagée, tout d'abord, sous l'angle des instruments qui lui servent de support. Elle peut aussi être considérée du point de vue des personnes ou des institutions qui la mettent en oeuvre. Ce n'est pas tout, en effet, de définir le cadre matériel de la publicité, encore faut-il se préoccuper de la manière dont elle est mue.

Ces divers éléments préludent à un accomplissement satisfaisant des mesures d'information.

TITRE PREMIER : LES INSTRUMENTS DE LA PUBLICITE

15

De la description des différents instruments de publicité doivent se dégager les avantages et inconvénients de chacun d'eux. Dans quelle mesure se révèlent-ils aptes à remplir avec le maximum d'efficacité leur fonction qui est de permettre au destinataire de l'information d'appréhender celle-ci aisément ? Le droit n'existe pas seulement pour satisfaire l'esprit. Il doit être un outil au service d'une action pourvue que le but poursuivi soit légitime. En particulier, une loi sur les sociétés commerciales doit être une loi pragmatique par excellence. (1)

La publicité a pour but de diminuer la fatigue qu'entraîne pour l'homme l'acquisition d'une connaissance. C'est un art du moindre effort. L'industrie et le commerce l'ont admirablement compris qui font en matière de réclame des prodiges pour attirer et retenir l'attention du public sans le fatiguer. Le législateur ne doit pas l'ignorer. - La publicité que la loi organise en matière de sociétés commerciales ne doit pas entasser à plaisir peines et fatigues devant les renseignements qu'elle prétend diffuser (2). La publicité légale deviendrait par la vertu de cet effort obligatoire, une publicité de caste. Son profit irait principalement sinon exclusivement à ceux qui auraient les loisirs, les possibilités de ne pas reculer devant les démarches, les pertes de temps, les dépenses pour se renseigner.

-
- (1) "Les affaires du commerce sont très peu susceptibles de formalités ; ce sont des actions de chaque jour, que d'autres de même nature doivent suivre chaque jour ; il faut alors qu'elles puissent être décidées chaque jour". Montesquieu. L'esprit des lois. L. XX, Ch. XVIII
- (2) "La publicité commerciale écarte l'effort de celui à qui elle s'adresse ; la publicité légale exige l'effort de celui qu'elle veut renseigner". Proposition Laval. séance 3.10.1918, exposé des motifs de ce qu'il appelait : la parodie actuelle de la publicité légale. J. Soc. 1918, p. 325.

Même pour ceux à qui elle serait accessible, la publicité lé-gale s'avérerait un instrument imparfait d'investigation. Défectueuse pour une classe restreinte d'intéressés, elle serait inexistante pour la quasi-totalité de ses destinataires potentiels (1). Pour contenter ces derniers, l'efficacité de l'instrument de publicité ne doit pourtant pas être obtenue aux dépens des sociétés qui y ont recours. La publicité ne doit pas entraver la vie économique. Indispensable, elle ne saurait constituer un frein. Les actionnaires... les dirigeants... vivent dans le monde du risque. Ainsi que le remarque un auteur (2) : "Une bonne loi sur les sociétés devrait permettre aux hommes d'affaires d'accomplir sans trop de formalités, de tracasseries et de menaces injustifiées, leur mission de faire des bénéfices, tout en respectant, bien entendu les impératifs sociaux de l'époque".

16

Dans cette appréciation de l'adéquation aux besoins, il apparaît qu'aucun instrument en soi n'est susceptible de satisfaire à lui seul toutes les fonctions de la publicité. On ne pourrait concevoir un instrument de publicité idéal qui de façon parfaite mettrait en communication permanente la société et les différents destinataires de l'information.

Pareil souhait serait chimérique. Dans certains cas, la publicité est appelée à prêter son concours à la réalisation d'un acte juridique déterminé et doit être dirigée vers des destinataires aisément individualisables ; ailleurs, elle ne fait que rendre compte d'une situation de fait ou de droit et doit être orientée vers une multitude d'utilisateurs potentiels. C'est là une raison majeure de la diversité des instruments de publicité qui n'apparaissent pas doués d'une vertu protéiforme. Le pluralisme doit contribuer à satisfaire tous les impéra-

(1) En 1913 un auteur écrivait : "La publicité actuelle, très suffisante pour les professionnels de la finance, pour les gros capitalistes, pour ceux, en un mot, à qui le temps, l'argent, la culture, la patience et l'organisation ne font pas défaut, passe presque complètement au dessus des petits et des faibles, de la bourgeoisie et de l'épargne". M. Géo-Gérardt, J. Soc. 1913, p. 470.

(2) Aram J. Kevorkian, Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales, G.P. 1968 - 2 - 98.

tifs d'une bonne publicité. Cette finalité qui exclut tout monolithisme retentit sur l'organisation des différents instruments. On y entrevoit une opposition fondamentale entre un système empreint de dynamisme à l'instar de la publicité commerciale et un système plus statique sur le modèle de la publicité foncière.

La diversité des techniques de publicité apparut en pleine lumière lors des discussions au niveau de la Communauté économique européenne. Avant l'intervention des autorités communautaires, les législations des Etats membres étaient d'une grande disparité sur ce point. Trois pays - l'Allemagne, l'Italie et plus récemment la France - avaient centré la publicité sur un instrument de type statique, le registre du commerce. Ailleurs - en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas - la publicité était réalisée principalement par une publication dans un journal, instrument de publicité dynamique en raison de sa périodicité et de sa diffusion. La Commission européenne devait proposer une coordination.

Il fut d'abord songé à une publicité centralisée au niveau européen. Du point de vue juridique, la création d'un tel système ne pouvait avoir qu'une durée éphémère, puisqu'il s'agissait d'un palliatif destiné à éviter les inconvénients découlant de la disparité actuelle des législations en matière de publicité légale des sociétés et qu'il n'aurait pas dû subsister lorsque l'harmonisation de celle-ci aurait été réalisée (1). En outre, l'examen de ce système a révélé des défauts qui ont déterminé son échec. En premier lieu, ce mode de publicité n'aurait fait qu'ajouter des formalités supplémentaires aux formalités nationales préexistantes. Ensuite, la coordination des sanctions attachées aux mesures de publicité communautaires avec les sanctions prévues dans le droit interne aurait soulevé des difficultés pratiquement insolubles, alors que la coordination entre les divers ordres de sanctions est déjà imparfaite au sein de plusieurs Etats membres (2). Enfin, il aurait fallu

(1) R. de La Haye, Le registre du commerce dans les pays du Marché commun. R.T.D. Com. 1960, p. 64.

(2) Van Ommeslaghe préc., p. 544.

mettre sur pied une administration centrale de publicité lourde et coûteuse. La centralisation aurait rendu malaisée la consultation des informations. A l'inverse, une décentralisation aurait présenté peu d'intérêt : les structures créées auraient alors doublé en fait les instruments de publicité nationaux.

18 Lors des travaux préparatoires de la première directive, les experts nationaux et les services de la Commission avaient apprécié les systèmes en vigueur et étaient arrivés à la conclusion que l'organisation de la publicité dans les différents pays présentait des garanties équivalentes pour les associés et les tiers. En conséquence, le projet de directive n'avait pas proposé une harmonisation des diverses réglementations. Seules certaines règles complémentaires avaient été retenues en vue de parer à des défauts mineurs qui avaient été constatés dans les droits des six pays membres.

Ce système, dit de l'équivalence entre les divers modes de publicité, fit l'objet de critiques de la part du Comité économique et social qui souligna en particulier l'opposition entre l'article 3 § 1 et l'article 4 § 2 du projet de première directive. L'article 3 § 1 disposait en effet que chaque Etat membre demeurerait libre d'adopter un des modes désignés subséquentment ; alors que l'article 4 § 1 obligeait les Etats membres à recourir à un système déterminé : pour chacune des sociétés inscrites, ouverture d'un dossier auprès d'un registre central ou auprès de chaque registre du commerce ou registre des sociétés. Le Comité économique et social estima donc que puisque l'article 4 imposait le dépôt auprès d'un registre, il convenait de faire de ce mode de publicité la forme essentielle de la publicité communautaire. Néanmoins, cette publicité pourrait utilement être complétée par la publication dans un journal officiel d'un avis sommaire avec référence au dépôt.

Le rapport fait au nom de la Commission du Marché intérieur par Monsieur Berkhouwer devant le Parlement européen, constata que la Commission de Bruxelles laissait subsister la multiplicité déconcertante des systèmes de publication actuellement en vigueur dans les Etats membres. Dans sa résolution portant avis sur la proposition de première di-

rective, le Parlement européen recommanda alors à la Commission d'engager dans les meilleurs délais les travaux relatifs à l'harmonisation des dispositions régissant la publicité en vue de l'introduction d'un système unique de publicité dans les six Etats membres (1).

19

Informée des lacunes de son projet, la Commission suivit l'avis des organes ainsi consultés et abandonna le principe de l'équivalence. La première directive a finalement institué une organisation de la publicité dont les instruments de base sont les mêmes dans tous les Etats membres. Ils se répartissent en une publicité statique par le recours à l'ouverture d'un dossier auprès d'un registre (article 3 § 1) et une publicité dynamique par la publication d'un bulletin national (article 3 § 4) et l'indication de renseignements sur les documents sociaux (article 4, 1° directive). Telles sont les dispositions finales arrêtées à l'échelon européen. Ces exigences ne peuvent en aucun cas être réduites par les Etats membres. L'étude successive des différents instruments de publicité que connaît le droit français permettra de souligner la conformité de ce dernier aux normes communautaires.

(1) J.O.C.E. Parlement européen 28.5.1966 n° 96.

CHAPITRE I - LA PUBLICITE STATIQUE

20

L'idée de regrouper un certain nombre d'informations auprès d'un registre ou en un lieu fixe n'est pas propre au droit commercial. La publicité foncière du droit civil donne l'exemple d'un tel système. La rigidité de ses règles confère aux renseignements qui y sont puisés, une certitude, source de sécurité juridique. Le droit des sociétés ne connaît pas d'instruments de publicité aussi perfectionnés mais en a conservé le principe essentiel.

L'avantage de cette forme de publicité réside dans sa permanence. A tout moment, le bénéficiaire de l'information trouve celle-ci sans recherches fastidieuses, soit en un lieu public comme le registre du commerce, ou au siège social de la société.

A cette supériorité s'allie toutefois l'inconvénient de la nécessité d'une démarche pour prendre connaissance de l'information. Les actionnaires ou les tiers ne se dérangent que lorsqu'ils éprouvent l'impérieux besoin de s'informer avant l'accomplissement d'un acte juridique ou avant d'arrêter une décision. Or, la publicité n'est pas seulement destinée à répondre à cette attente occasionnelle. Elle doit être aussi envisagée comme un moyen permettant à la société d'alerter les actionnaires ou les tiers. La publicité statique est, par nature même, inapte à remplir cette deuxième fonction.

Section 1 - Le registre du commerce

21

Le registre du commerce peut être défini comme un catalogue officiel des personnes physiques et morales exerçant le commerce qui permet de réunir et de diffuser un certain nombre de renseignements relatifs à ces personnes et à leurs entreprises.

Les registres matriculaires des corporations au Moyen Age en furent les précurseurs. Si l'existence de ces registres dans tous les pays où s'est développé le mouvement corporatif est presque certaine, l'organisation commerciale des villes du Nord de l'Italie en fournit les types les plus achevés en raison du perfectionnement des usages commerciaux de ces cités, métropoles du commerce européen à cette époque. Vers le treizième siècle, la création des corporations se généralisa dans les villes italiennes, le besoin se faisant vivement sentir en cette période troublée, pour les marchands et artisans d'unir leurs efforts en vue de défendre leurs droits et privilèges. Le registre du commerce qui vit alors le jour n'était qu'une liste des membres des corporations servant à délimiter précisément les participants au groupement, qui devaient être obligatoirement inscrits, et les commerçants qui y étaient étrangers. C'était là sa principale utilité et il ne semble pas que les registres corporatifs aient jamais été poussés à un degré très élevé de perfectionnement. Ils souffraient deux reproches majeurs. Premièrement, même du temps de leur plein épanouissement, les corporations ne parvinrent jamais à tuer le commerce indépendant qui se refusait à entrer dans leurs cadres. Il n'existait pas, au Moyen Age, un registre institué par les autorités où tous les commerçants fussent tenus de s'inscrire. En second lieu, les registres matriculaires n'assuraient pas aux événements importants de la vie du commerçant une publicité protectrice des intérêts des tiers. Ils ne comportaient en effet que l'indication d'un très petit nombre de mentions. Il convient donc de renoncer à voir dans ce précédent un organe destiné à centraliser, comme le registre du commerce actuel, toutes les informations de nature à renseigner les tiers sur une entreprise déterminée. D'ailleurs, le besoin de cette publicité se faisant sentir, les corporations avaient établi des registres spéciaux.

Au dix-neuvième siècle, un registre du commerce unique remplaça la multitude des registres spéciaux de publicité. Ce progrès fut réalisé en 1861 par le code de commerce allemand. Le France n'y parvint que bien plus tard. Peut-être parce que la publicité y était déjà assurée par d'au-

tres voies. Mais surtout en raison de la réticence du législateur à heurter les commerçants. Le contrôle judiciaire ou administratif inhérent à l'institution du registre du commerce aurait été mal vu de ces derniers, réfractaires à toute inquisition et à toute restriction, si minime fût-elle, de leur liberté. C'est pour ce motif que, bien que l'idée fût mise à l'ordre du jour à partir de 1900, la guerre arriva alors que la mesure n'avait pas encore été votée. Mais, une considération majeure fut proclamée qui, d'un coup, renversa toutes les objections : il fallait procéder à la défense de l'industrie et du commerce français qui étaient menacés d'une emprise de l'économie étrangère. L'objectif primordial était de pouvoir déceler les établissements étrangers. Avec le registre du commerce qui devait fixer tout renseignement sur la nationalité des établissements et de leurs chefs, le but devait être atteint. Le registre du commerce fut ainsi créé en France par la loi du 18.3.1919, complété par le décret d'application du 15.3.1920 et commença à fonctionner le 28.6.1920.

23 Initialement, le registre fut conçu essentiellement en vue de renseigner les tiers sur les commerçants, personnes physiques. Pour les sociétés commerciales, son rôle paraissait moins important. En effet, jusqu'en 1919, il n'y avait aucune publicité concernant les commerçants personnes physiques excepté quelques dispositions fragmentaires relatives à la minorité ou au contrat de mariage des commerçants. A leur égard, l'innovation apparaissait donc considérable et d'une utilité incontestable. Au contraire, pour les sociétés commerciales, la publicité existait depuis longtemps. L'ordonnance sur le commerce de mars 1673 la prévoyait déjà. Le code de commerce de 1807 imposait la publicité des actes de sociétés par dépôt dans les greffes, formalité à laquelle s'ajoutèrent quelques années après, des insertions dans un journal d'annonces légales. Cette double obligation ne cessa pas d'être strictement réglementée et sévèrement sanctionnée. Aussi, l'institution du registre du commerce semblait ici secondaire. Une preuve évidente en fut que la jurisprudence qui put être relevée après 1919 en matière de registre du commerce s'appliqua presque exclusivement à des espèces ayant trait à des personnes physiques.

Curieusement, beaucoup de pays étrangers connaissaient une situation inverse. Inexistante ou embryonnaire pour les personnes physiques, la publicité au registre du commerce était fondamentale pour les sociétés (1).

24 Par ailleurs, depuis sa création jusqu'à nos jours, les concepts relatifs à la fonction dévolue au registre du commerce ont évolué. En droit français, le registre constituait à l'origine un simple organisme de renseignements, enregistrant comme un annuaire ou un bottin des informations de plus en plus nombreuses sans qu'en résultât aucune conséquence juridique. En Allemagne, tout en demeurant un instrument de publicité, le registre représentait le critérium de la commercialité et servait à l'attribution de juridiction. Sur ce modèle, le registre français cessa progressivement d'être un organisme enregistreur. Les textes le dotèrent d'une administration autoritaire qui pouvait refuser l'enregistrement dans des conditions déterminées et exiger la production de certaines pièces justificatives. Le point culminant de cet autoritarisme fut atteint avec la législation d'exception de la dernière guerre : toute inscription nouvelle était subordonnée à l'obtention d'une autorisation spéciale.

Des récentes réformes viennent de l'affecter. Elles ont consisté à le réorganiser directement ou indirectement par le biais du droit des sociétés pour le rendre plus complet, plus exact, mieux contrôlé, donc plus utile et ont permis de lui faire produire des effets juridiques beaucoup plus importants. Cependant, le registre du commerce n'a pas perdu sa première mission et sera décrit en tant qu'instrument de publicité, dans la mesure où celui-ci intéresse les sociétés.

(1) En Italie, le "registro delle imprese" institué et réglementé par les articles 2188 et suivants du Code Civil de 1942 qui devait comme notre registre du commerce instaurer une publicité pour les personnes physiques n'a jamais été mis en application. Et en vertu des dispositions sur la mise en vigueur du code (article 100 décret royal du 30.3.1942) il était prévu qu'à titre provisoire les actes et faits relatifs aux sociétés resteraient soumis à la publicité antérieure, c'est-à-dire à la publicité dans le registre des sociétés prévu et réglementé par le règlement d'application de l'ancien code du commerce italien du 27.12.1882 (Art. 7 et s.).

§ 1. Organisation du registre du commerce.

Objet de multiples retouches et réformes (1), le statut actuel du registre du commerce résulte du décret n° 67.237 du 23.3.1967 qui a mis les textes en harmonie avec la nouvelle législation des sociétés commerciales et des régimes matrimoniaux. Puis les décrets n° 68.26 et 68.27 du 2.1.1968 y ont apporté un certain nombre de modifications pour tenir compte des règles nouvelles sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle dues à la loi du 13.7.1967 et au décret du 22.12.1967. Un arrêté ministériel du 5.12.1969 complété par un arrêté du 27.3.1972 vinrent s'y ajouter. Enfin, le 24.12.1975, le décret n°75-1236, un arrêté et une instruction parachevèrent la réglementation.

Les textes distinguent : le registre du commerce sans épithète qui est un organe local, décentralisé, tenu par les greffiers des tribunaux de commerce ; et le registre national du commerce, registre centralisé tenu à Paris par l'institut national de la propriété industrielle. Dépasant ces structures actuelles, certains s'interrogent sur l'opportunité de la création d'un registre européen qui répondrait aux exigences d'une publicité supra-nationale.

A/ Le registre local.

La description de cet instrument conduit à résoudre la question de la détermination du greffe compétent pour recevoir la publicité et celle de son organisation matérielle.

I - Détermination du greffe compétent pour recevoir la publicité.

Le législateur de 1867 avait fixé deux endroits où devait être effectué le dépôt des actes : le greffe du juge de paix et celui du tribunal de commerce. Le choix de la justice de paix présentait deux avantages : d'une part, son ressort était très aisément déterminable alors que celui du tribunal de commerce pouvait être parfois plus difficile à

(1) Rapport Hamel à la société d'études législatives et discussion ; Bull. soc. ét. législatives 1931 p. 59 à 107, p. 297 à 373, 1932 p. 30 à 48 ; R. De La Haye. Etude critique du projet de loi sur la réforme du registre du commerce R.T.D.Com. 1949, p. 447 ; Travaux de la commission de réforme du code de commerce et du droit des sociétés. 1er volume 1950, p. 339 et s., 365 et s. ; Saint-Alary - La réforme du registre du commerce J.C.P. 1954.1.1153.

établir ; d'autre part, il réduisait les déplacements lorsqu'une personne voulait prendre connaissance des pièces publiées. En contrepartie, la double formalité entraînait des frais supplémentaires.

Le législateur de 1935 pour simplifier les formalités et réduire les frais supprima le dépôt au greffe du juge de paix sans pour autant que la publicité s'en trouvât moins efficace. Très peu nombreux étaient en effet ceux qui usaient de la faculté d'obtenir communication au siège de la justice de paix, et, par ailleurs, la communication des pièces déposées au greffe du tribunal de commerce fut largement accentuée et facilitée.

28 Actuellement, les registres du commerce à l'échelon local sont institués auprès de chaque tribunal de commerce ou tribunal de grande instance statuant commercialement. Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel est établi le siège social de la société. Les registres sont tenus par les greffiers sous la surveillance du président du tribunal ou d'un juge commis par lui à cet effet (1). L'intervention de ces personnes dans la tenue des registres, outre qu'elle apporte une solennité particulière, revêt une grande importance en raison du contrôle qu'elle permet d'exercer sur la publicité (2).

29 Il peut se produire qu'une société transfère son siège social dans un ressort différent. Conformément aux règles générales sur l'immatriculation et sur la radiation, il y a lieu alors à radiation au registre du commerce du tribunal dans le ressort duquel était l'ancien siège et immatriculation dans le registre du tribunal dans le ressort duquel le siège est transféré.

En outre, aux termes de l'article 26 du décret du 6.1.1954 resté en vigueur - seuls les articles 1 à 25 ayant été remplacés par l'arrêté du 27.7.1963 -, en cas de transfert du siège social hors du ressort du greffe ayant reçu le ou les dépôts, il n'y a lieu de déposer au greffe du nouveau siège social que la délibération relative à ce transfert (3).

(1) Art. 3 al. 1 décret n° 67.237.

(2) Voir infra, n° 172 et s.

(3) T.G.I. Strasbourg, ch. comm. 9.7.1963 G.P. 1964.1.89.

Seuls restent déposés au greffe de l'ancien siège les documents antérieurs au transfert. Cette dernière règle n'est d'ailleurs pas sans inconvénient car elle aboutit à une dispersion des renseignements relatifs à la société.

La même difficulté aurait pu se produire dans le cas d'une nouvelle délimitation de circonscription administrative ou judiciaire. Lorsqu'un établissement commercial est situé dans un canton ou une commune transférés dans un autre ressort, il est prévu que le greffier antérieurement compétent adresse au greffier du tribunal désormais compétent le dossier complet d'immatriculation relatif à cet établissement. Jusqu'à transmission du dossier au greffier du tribunal nouvellement compétent, les inscriptions modificatives qui devraient être apportées à l'immatriculation sont reçues par le greffier du tribunal antérieurement compétent qui doit également délivrer toutes copies ou extraits d'immatriculation au registre du commerce.(1)

30

II - Organisation matérielle du registre du commerce.

Les informations relatives aux sociétés sont recueillies auprès du registre du commerce d'une triple manière. Les deux premières ne sont pas spécifiques aux sociétés. Comme pour tout assujetti, un registre d'arrivée et un registre analytique répertorient les renseignements ; avant leur mise en service, ils sont cotés et paraphés en vue de leur authentification par le président du tribunal ou par le juge commis à leur surveillance. En revanche, la troisième modalité est spéciale aux personnes morales dont les sociétés.

31

Le registre d'arrivée mentionne à la suite les unes des autres toutes les déclarations faites au greffe en vue d'une inscription, que ces déclarations concernent l'inscription d'un fait nouveau ou la modification d'une inscription déjà effectuée. Comme preuve de cette mention sur ce registre, un récépissé doit être remis au déclarant.

(1) Les délais impartis au greffier sont respectivement de 3 mois à compter de la date d'entrée en vigueur du décret modifiant la circonscription administrative ou judiciaire intéressée pour le transfert des dossiers au greffier du tribunal désormais compétent, et de 6 mois à compter de la réception des pièces transférées, pour les diligences incombant au greffier du tribunal désormais compétent. Sauf dérogation particulière prévue par le décret modifiant le ressort du tribunal (Art. 5 à 9 décret n° 69.389 du 18.4.69 relatif au fonctionnement des juridictions commerciales dont le ressort est modifié par suite d'une nouvelle délimitation de circonscription administrative ou judiciaire).

Les indications que le greffier doit inscrire tant sur la souche que sur le récépissé ont été minutieusement prévues par la loi. Sur la souche, le greffier inscrit le numéro d'ordre de la déclaration - la numérotation du registre chronologique commence au début de chaque année - ; la date à laquelle la déclaration est faite ; les nom, prénoms et domicile du déposant ; les nom, prénoms, raison sociale ou dénomination sociale et adresse de la personne assujettie. Quand il s'agit d'une modification d'une inscription précédente, le numéro de celle-ci doit également figurer sur la souche, afin de faciliter les recherches du greffier. Sur le récépissé sont mentionnés la date et l'heure du dépôt de la déclaration au greffe ; les nom, prénoms, raison sociale et siège social du déclarant, ainsi que l'objet et le numéro d'ordre de la déclaration. Le greffier signe ce récépissé avant de le remettre au déposant. Le registre chronologique est constitué par l'ensemble des souches des récépissés remis aux personnes qui présentent au greffe leur déclaration aux fins d'immatriculation.

32

Le second fichier tenu au registre du commerce est un registre analytique. Chaque entreprise commerciale s'y voit attribuer un folio sur lequel sont destinées à figurer toutes les indications la concernant au fur et à mesure qu'elles font l'objet d'une déclaration. Le registre analytique est tenu sous forme de tableau en ce sens que chaque page est divisée en un certain nombre de colonnes qui servent à classer les mentions à inscrire.

Pour toute déclaration d'immatriculation, le greffier ouvre dans le registre analytique un folio spécial sur lequel sont reportées les indications contenues dans la déclaration et qui reçoit le numéro d'ordre attribué à l'immatriculation d'après son dépôt. Quand il s'agit d'une déclaration modificative, le greffier en porte les mentions sur le folio du registre analytique affecté à l'immatriculation. Si ces mentions sont susceptibles d'annuler les mentions précédemment inscrites, celles-ci doivent être rayées et en marge des mentions ainsi annulées le greffier indique la référence de la mention nouvelle ainsi que le numéro sous lequel a été enregistrée au registre chronologique la déclaration ou la réquisition qui en demandait l'inscription.

Ce fichier est divisé en trois parties : une pour les personnes physiques avec une numérotation précédée de la lettre A , une pour les personnes morales autres que les groupements d'intérêt économique précédée de la lettre B, une dernière pour les groupements d'intérêt économique affectée de la lettre C (1). Le greffier attribue à chaque assujetti un numéro d'immatriculation. La première partie de ce numéro est séparée de la lettre par les deux chiffres du millésime de l'année, la seconde correspond au numéro d'ordre des déclarations reçues au cours de l'année.

33

Le registre du commerce local comprend enfin une collection des dossiers annexes contenant les actes et pièces déposés au nom des sociétés commerciales. Depuis 1935 les dépôts des actes de société se font au greffe du tribunal de commerce ; mais ce fut longtemps une formalité tout à fait distincte de celles qui étaient effectuées au registre du commerce. Le décret n° 67.236 du 23.3.67 relatif aux sociétés commerciales prévoit dans son article 282 que la publicité par dépôt d'actes ou de pièces est faite au greffe du tribunal de commerce "en annexe au registre du commerce". Puis le décret n° 67.237 du 23.3.67 en son article premier indique le double objet du registre du commerce : recevoir l'immatriculation des personnes physiques et morales et recevoir le dépôt des actes concernant les personnes morales. Ensuite, les articles 52 et suivants du même texte réglementent le dépôt des actes de société.

Sans doute, la réglementation n'est-elle pas très différente de celle qui existait antérieurement. Cependant, le souci de prescrire le dépôt "en annexe du registre du commerce" montre bien le désir des rédacteurs des textes de faire des formalités au registre du commerce un élément capital de la publicité des sociétés.

Cette tendance est conforme à la directive n° 68.151 du 9.3.1968 du Conseil des Communautés européennes (2). Son article 3 § 1 dispose que dans chaque Etat membre, un dossier est ouvert auprès, soit d'un registre central, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés, pour chacune des sociétés qui y sont inscrites. Tous les actes et toutes les indications soumis à publicité en vertu de la directive sont versés au dossier ou transcrits au registre. Apparemment, les pays peuvent choisir entre

(1) Art. 5 décret 23.3.1967 modifié par le décret du 2.2.1968

(2) J.C.P. 1968.3.34105.

l'enregistrement ou l'inscription d'une part et le dépôt d'autre part. Mais en réalité, le dossier doit toujours être ouvert (1). Par conséquent, si certains actes et indications n'y sont pas versés mais transcrits au registre, l'objet de ces transcriptions doit apparaître au dossier. Inversement, le dossier est nécessairement ouvert auprès d'un registre où, à défaut de transcription détaillée, les sociétés sont au moins inscrites et identifiées de façon précise. De la sorte, on a pu dire que "le dossier est d'une manière ou de l'autre, le réceptacle de tous les actes ou indications assujetties à publicité" (2). Les Etats membres sont libres de centraliser ou au contraire de décentraliser la tenue du registre. Ils peuvent également superposer un registre central au registre local, faculté dont a usé le droit français.

34

B/ Le registre national.

Indépendamment du registre local existe un registre national du commerce tenu pour le territoire français par l'institut national de la propriété industrielle (26 bis rue de Léningrad à Paris). Son rôle consiste à centraliser les renseignements consignés dans chaque registre local au nom de toute personne ~~inscrite~~ et de mettre à la disposition des administrations, organismes ou personnes intéressées les renseignements recueillis (3). Il est curieux de constater du point de vue de leur structure que si l'on confie la tenue du registre local à un greffier agissant sous la surveillance de magistrats consulaires, le registre central au contraire dépend d'une administration publique.

Une évolution intéressante s'est produite en ce qui concerne le but de l'institution du registre central. Ce but pouvait naguère paraître assez vague et limité : le registre central était simplement destiné à centraliser non pas tous les renseignements contenus dans les regis-

(1) Art. 3 § 1

(2) Sinay, La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français, G.P. 1971-I-n° 80 et s.

(3) Art. 3 al.2 décret n° 67-237.

Des projets tendant à établir en France un office central des sociétés analogue à celui qui a été réalisé en Angleterre par l'organisation du Registrar, ont vu le jour dès la fin du 19^e siècle. On voulait mettre à la disposition de tous les intéressés un organe centralisant les renseignements relatifs aux sociétés de commerce et surtout opérer cette centralisation dans un endroit accessible à tout le monde.

J. Tchernoff, Traité de droit pénal financier, 1931, tome 2 p. 77 et 78.

tres locaux, mais des extraits permettant de se référer aux inscriptions locales qui seules étaient complètes. Désormais, il rassemble au nom de chaque personne inscrite la totalité des renseignements concernant celle-ci, tels qu'ils sont déjà consignés dans les divers registres locaux.

Le registre national comprend en premier lieu les dossiers classés par greffe pour chaque personne inscrite dans le ressort d'un même tribunal. Ces dossiers comportent un exemplaire de chacune des demandes reçues par le greffier et transmises par lui (1). Il est constitué ensuite par deux fichiers : un pour les personnes physiques ; le second pour les sociétés et autres personnes morales, correspondant au fichier analytique tenu à l'échelon local. Enfin, le registre national reçoit un exemplaire des actes et pièces déposés pour le compte des sociétés pour être classé en annexe du registre du commerce (2).

35

C/ Le projet de registre du commerce européen.

Dans les relations internationales, la question de la publicité s'est posée dans des termes quelque peu différents. Sans doute n'existe-t-il pas d'obstacles majeurs à ce que les prescriptions de la loi du siège social continuent d'être suivies. Mais leur audience est limitée et par conséquent nettement insuffisante. Il s'avérerait indispensable d'instaurer un système de publicité davantage en rapport avec les exigences du commerce international.

Il fut envisagé de créer, à côté des registres nationaux, un registre commun aux divers Etats qui n'aurait concerné que les sociétés : le registre européen du commerce. Ce projet fut étudié en 1960 par l'association des juristes européens sur le rapport de M. Jean Rault et fut repris lors des discussions préliminaires à l'adoption de la première directive européenne. Mais l'idée d'assujettir toutes les sociétés des Etats membres à un régime de publicité européen fut abandonnée (3).

En revanche, une telle publicité réalisée par la création d'un registre européen du commerce subsiste dans les projets plus récents

(1) Art. 7 décret 67.237

(2) Art. 54 décret 67.237

(3) J. Rault, Le statut européen des sociétés, le registre européen du commerce, *Annuario di diritto comparato*, 1960 p. 93 ; Van Ommeslaghe, préc., *cah. droit européen*, p. 544 ; R. De La Haye, *R.T.D.Com.* p. 64.

de société de droit européen ou de société de type européen. Il en est ainsi notamment de la proposition de règlement qui a été soumise par la Commission au Conseil 30.6.1970 (1). Son article 8 prévoit l'institution du registre européen du commerce auprès de la Cour de justice des communautés européennes et l'ouverture dans chaque pays membre d'une annexe où les sociétés européennes ayant leur siège sur le territoire de cet Etat devraient également être immatriculées. Les modalités de fonctionnement seraient précisées par un règlement du Conseil.

36

§ 2. Fonctionnement du registre du commerce.

Les représentants légaux de la société doivent procéder volontairement et sous leur propre responsabilité à l'accomplissement des formalités de publicité : soit personnellement, soit qu'ils chargent d'agir à leur place un mandataire muni d'un pouvoir spécial (2).

Pareillement, le notaire qui rédige un acte comportant pour les parties intéressées une incidence quelconque en matière de registre du commerce, a l'obligation d'effectuer toutes les formalités afférentes à l'acte qu'il a rédigé (3). Cette disposition généralise la règle qui était contenue dans l'ancien article 68 du code de commerce, et selon laquelle, le notaire ayant reçu un contrat de mariage entre époux dont l'un était commerçant, était tenu d'en transmettre un extrait au greffier du tribunal aux fins d'inscription. Cette extension de l'intervention des notaires dans le fonctionnement du registre du commerce s'inscrit dans la tendance actuelle visant à accepter la requête d'autres personnes que les assujettis en vue de mentions ou de radiations du registre ; immatriculations, mentions et radiations qui peuvent être ordonnées judiciairement dans certains cas.

S'agissant d'un instrument de publicité, il convient de s'attacher aux éléments qui doivent contribuer à une large diffusion de l'information. L'objet de la publicité au registre est-il très étendu, réalisant la divulgation d'un maximum de renseignements ? Quel est le cercle des bénéficiaires ?

(1) J.O.C.E. n° C. 124 du 10.10.1970.

(2) Art. 238 décret 67.236 - Sous le régime antérieur : Paris 17-7-1950 G.P. 1950 - 2 - 291.

(3) Art. 72 al. 1 - décret 67.237.

A/ Le domaine de la publicité au registre du commerce.

Bien que les textes actuels ne comportent plus de formule générale, il n'est pas douteux que sont soumises à immatriculation au registre toutes les personnes morales commerciales. Peu importe que la société soit commerciale par la forme ou par l'objet. Quant aux sociétés étrangères qui établissent en France une succursale ou une agence, un dépôt d'actes est exigé d'elles soit lors de l'ouverture sur le territoire français de leur première succursale ou agence, ou avant toute émission de titres négociables avec appel public à l'épargne, ou encore avant l'introduction en bourse de leurs titres.

Cette universalité est un avantage substantiel. Le registre du commerce doit être considéré comme un instrument de publicité de droit commun auquel le bénéficiaire de l'information peut se référer quel que soit le type de société objet de sa sollicitude. Une solution identique existe dans le droit allemand qui, bien que réservant en principe l'obligation d'inscription aux entreprises d'une certaine importance, juge toutefois les sociétés commerciales comme étant toujours assez importantes pour être sujettes à inscription (1).

Il ne suffit pourtant pas que toutes les sociétés soient assujetties pour conférer à cette publicité une très grande portée, encore faut-il que le registre du commerce rassemble la quasi-totalité des informations qui émanent des sociétés. En premier lieu, la publicité doit permettre de s'assurer que la société est régulièrement constituée et dotée des organes habilités à la représenter. Effectivement, la structure juridique de toute société se trouve entièrement décrite dans les documents qui figurent au registre, de la même manière qu'y est retracée la situation de tout commerçant. A cet intérêt juridique s'en ajoute un autre de nature économique et financière : les sociétés par actions doivent publier au registre du commerce leurs comptes d'exercice qui reflètent le déroulement de la vie sociale.

Mais l'obligation de procéder à des publications serait illusoire si elle ne s'accompagnait pas d'une mise à jour. Toute modification de la situation de l'assujetti exige une rectification ou un complément

(1) R. De La Haye R.T.D.Com. 1968 p. 47 à 64.

des énonciations portées au registre (1). D'ailleurs, pour mieux s'assurer que les mises à jour soient réalisées, les textes prévoient un certain nombre d'hypothèses où le greffier (2) doit intervenir d'office et permettent à toute personne intéressée de faire une demande d'inscription modificative (3).

38

B/ Les bénéficiaires de la publicité au registre du commerce.

La loi de 1867 ne prescrivait la communication aux intéressés des actes déposés au greffe que pour les sociétés par actions. Mais la solution avait été attribuée à une inadvertance du législateur et, dans la pratique, les greffiers délivraient également des copies des actes des sociétés de personnes. La règle a été consacrée par le décret-loi du 30.10.1935, puis par le décret n° 67.237 du 23.3.1967.

Actuellement, toute personne intéressée a la faculté de prendre connaissance des informations inscrites au registre selon les modalités de fonctionnement de cet instrument. L'actionnaire, le créancier, le tiers qui auraient à s'informer sur une société commerciale peuvent indistinctement y avoir recours. Apparaît ainsi une nouvelle illustration de la très grande portée reconnue à cette forme de publicité.

Le registre du commerce est un registre public dans le sens où le sont les registres de l'état civil. Est-ce à dire que les bénéficiaires peuvent obtenir communication de toutes les informations du registre ? La réponse de principe à cette question est affirmative. Toute personne doit pouvoir y prendre connaissance des renseignements qui y figurent. Cependant ne peuvent être communiquées les mentions qui seraient devenues sans intérêt pour les tiers, de même que les mentions de certains jugements prononçant une condamnation entraînant une interdiction commerciale (4).

39

Les modalités précises de consultation du registre obéissent aux règles établies pour les registres publics. Leur consultation directe par les tiers aurait certes favorisé la rapidité de la communication et permis une obtention des renseignements à moindre frais. Seulement, l'exis-

(1) Art. 26 décret 67.237.

(2) Art. 27 - I - 1 décret 67.237.

(3) Art. 22 - al. 2 décret 67.237.

(4) Art. 70 décret n° 67.237.

tence de certaines mentions qui ne doivent pas être divulguées s'y oppose absolument.

Toute personne a la possibilité d'obtenir à ses frais, soit la copie intégrale, soit un extrait certifié conforme, soit un certificat des inscriptions ou des pièces déposées par une société, en s'adressant indifféremment au greffier ou à l'institut national de la propriété industrielle qui tient le registre national du commerce (1). L'article 3 § 3 de la première directive européenne dispose de la même façon que copie intégrale ou partielle de toute disposition publiée doit pouvoir être obtenue par correspondance sans que le coût puisse être supérieur au coût administratif.

Une communication orale est-elle autorisée ? Les textes imposent une distinction. Parce qu'ils prévoient la perception de taxes pour une telle communication au profit de l'institut national de la propriété industrielle, on en déduit qu'elle y est permise(2). La même solution fut admise pendant longtemps en ce qui concernait les registres locaux. Mais, les tarifs ne visant plus désormais une communication orale, celle-ci doit donc être considérée comme étant devenue impossible.

40

"Pour réaliser une publicité vraiment efficace, à la portée de tous les intéressés, l'idéal serait que le public puisse trouver dans de nombreux endroits (greffes des tribunaux de commerce, chambres de commerce) tous les renseignements qu'il désire sur une société quelconque. Ainsi, il n'y aurait que le minimum de dérangement et de frais pour les intéressés". Telle était la conclusion d'une thèse consacrée en 1936 à l'étude de la publicité des sociétés de commerce (3). Le registre du commerce semble réunir les conditions de cet idéal. Il constitue déjà un organe de publicité permanent. Ensuite, par une démarche unique, les utilisateurs y trouvent un extrait à jour de la quasi-totalité des informations que doivent fournir les sociétés par actions. Enfin, cette centralisation s'opère en un lieu officiel par l'entremise d'un greffier qui vérifie les pièces qu'il enregistre (4).

(1) Art. 66 décret 67.237.

(2) Arrêté du 26.2.1974 - J.O. 5. 3. p. 2536. Ce texte fixe les taxes suivantes - Immatriculation : 12 F. ; modification : 10 F. ; radiation : 4 F. ; dépôt d'un acte de société : 8 F. ; certificat d'inscription ou de non-inscription : 10 F. ; communication orale : 5 F.

(3) Anne Berthault, La publicité des sociétés de commerce, avant et après D.L. 30.10.1935, thèse Paris, 1936.

(4) Voir infra n° 172 et s.

Certains ont d'ailleurs imaginé un système de publicité qui reposerait uniquement sur le registre du commerce : "Nous nous proposerons de jeter les bases d'une organisation nouvelle faisant du registre la pièce essentielle de la publicité commerciale destinée à remplacer, en principe, les formalités compliquées et souvent désuètes organisées par le Code de commerce et les lois spéciales" (1). Sans aller jusqu'à lui octroyer un monopole qui se heurterait à la nécessité de prévoir tout de même une publicité dynamique, on peut admettre cependant que le registre du commerce constitue un organe privilégié dans le mécanisme de la publicité. Les termes du rapport de M. de Précigout devant le Comité économique et social chargé de donner un avis sur la proposition de 1^{re} directive européenne viennent à l'appui de cette observation finale : "Du moment que la directive impose dans tous les Etats membres et pour toutes les indications dont la publicité est prescrite par l'article 2, le dépôt auprès d'un registre, le comité estime qu'il convient de faire de ce registre et des documents déposés auprès de lui, la forme essentielle de la publicité communautaire". Cela semble d'autant plus naturel que l'institution du registre du commerce ou du registre ~~des sociétés, généralement plus récente que les autres modes~~ de publicité existants par ailleurs, apparaît réaliser un progrès par rapport à la situation antérieure.

41

Quelques lacunes subsistent néanmoins. Notamment, une liaison n'a toujours pas été établie entre le registre du commerce et certains systèmes particuliers de publicité organisés pourtant au greffe du tribunal de commerce et susceptibles d'intéresser les sociétés. Ainsi, sont tenus en cet endroit : le registre de dépôt des marques de fabrique, des dessins et modèles ; le registre des protêts d'effets acceptés ; le registre des inscriptions de privilèges du vendeur de fonds de commerce ; le registre des inscriptions de nantissement conventionnel des fonds de commerce et celui du nantissement judiciaire de ces fonds ; le registre des inscriptions d'hypothèques fluviales ; le registre des warrants hôteliers, celui des warrants pétroliers et celui des warrants industriels ; le registre d'inscription du privilège de la sécurité sociale et celui de ~~classes~~ de prévoyance sociale ; enfin, le registre des inscriptions des privilèges fiscaux.

(1) R. De La Haye, R.T.D.Com. 1951-454.

Aucune liaison n'existe entre ces divers registres. La personne qui veut les consulter doit désigner expressément celui ou ceux dont elle désire recevoir un extrait ; or, elle ne soupçonnera peut-être pas l'existence d'une information précieuse qui se trouverait dans un autre et qui ne pourra pas lui être révélée spontanément. A Paris, pour obvier à cette absence de liaison, le greffier en chef du tribunal de commerce de la Seine a organisé de sa propre initiative un système interne de coordination des publicités opérées dans les quelque douze registres tenus par son greffe. Mais, ce greffe est de loin le plus important de tous les tribunaux de commerce de France : il emploie près de 300 personnes et un effort d'organisation comme celui qu'il s'est imposé ne saurait être attendu des autres. Pareillement, la publicité au registre du commerce reste essentiellement une institution à caractère local qui ne renseigne sur l'activité commerciale de l'assujetti que dans le lieu où celle-ci s'exerce sans égard au passé qu'il aurait pu avoir ailleurs.

D'où le projet, pour porter remède à cette multiplicité et à cette dispersion des mesures de publicité, de les regrouper en un centre unique : un fichier ou un casier commercial (1). Selon l'auteur de cette proposition, le fichier des sociétés commerciales serait tenu au lieu de leur siège social et il aurait surtout pour effet de permettre la "coordination dans l'espace et dans le temps, des mesures de publicité particulières si minutieusement mises au point". Le projet n'est pas spécifique aux sociétés mais ses intérêts méritent d'être signalés. Le fichier contribuerait à coordonner notre système général de publicité : celui-ci ne s'éteindrait plus avec la radiation d'un commerçant au registre local et c'est la totalité de sa vie commerciale dont le fichier apporterait à tout instant le reflet, même en cas d'activités successives exercées dans des villes ou des départements différents.

(1) P. Fargeaud, Le fichier (ou casier) commercial, R.T.D.Com. 1965 p. 8.

Section 2 - La communication au siège social de la société.

42 A côté de la possibilité de percevoir l'information en s'adressant à un organisme public, existe un autre instrument de publicité statique : la faculté d'obtenir les renseignements à leur source, c'est-à-dire au siège social de la société. Le siège social est traditionnellement assimilé au domicile de la personne physique. Or, à partir du moment où la société est dans l'obligation de respecter certaines mesures de publicité, il semble parfaitement logique de prévoir la communication de ces renseignements à son domicile. C'est au siège social, qu'en principe, la publicité peut être accomplie avec le moins de dérangements pour l'administration de la société. Les documents, objets de la divulgation, y étant toujours rassemblés, c'est tout naturellement là qu'ils peuvent être communiqués aux bénéficiaires de l'information sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit à effectuer. D'ailleurs, qu'est-ce qui différencie la publicité réalisée au registre du commerce et celle qui est effectuée au siège social ? Le registre du commerce pourrait très bien être considéré comme étant un lieu où légalement toute société doit faire élection de domicile, la publicité au siège social pourrait éventuellement suffire. Le raisonnement inverse a conduit à ce que le droit communautaire n'impose aucune communication au siège social. A l'image du droit anglais qui accorde une large place à l'information au domicile élu de la société (1), le législateur français a usé de la liberté d'exiger le respect de formalités supplémentaires.

43 § 1. L'organisation de la publicité au siège social.

L'étude de l'organisation de cet instrument demande une précision et suscite une interrogation. D'une part, le lieu où doit s'opérer la communication doit être déterminé exactement. D'autre part, l'adaptation de ce mode d'information à toutes les sociétés anonymes doit être appréciée.

44 A/ La définition du lieu où doit s'opérer la communication.

A côté du siège social, la loi prévoit la communication au lieu de la direction administrative. La distinction entre les deux notions peut sembler incertaine. Ne procède-t-elle pas d'une imprécision de termino-

(1) Tunc, Droit anglais des sociétés anonymes, 1971, p. 171, n° 115.

logie ? Si, en effet, le siège social regroupe les organes de direction y compris ceux de la direction administrative, il se confond avec le siège administratif. L'emploi des deux termes se comprend si le siège administratif désigne le lieu où sont rassemblés certains services administratifs qui n'ont pas une véritable autonomie. Mais ce dualisme peut susciter un problème. A supposer que le bénéficiaire de l'information connaisse le lieu de la direction administrative, lui appartient-il d'exiger la communication en cet endroit plutôt qu'au siège social ?

En faveur d'une réponse affirmative, la rédaction de l'article 140 du décret n° 67.236 pourrait être invoquée. Le texte permet à l'actionnaire de prendre connaissance de la liste des actionnaires "aux lieux" prévus à l'article 139 alinéa premier. Le pluriel figure également dans le deuxième alinéa de l'article 139 relatif au droit de communication préalable aux assemblées extraordinaires ou spéciales. Une telle interprétation semble d'autant plus plausible qu'elle rejoint le souci du législateur de favoriser l'information des actionnaires.(1)

L'opinion se heurte cependant à de sérieuses objections provenant de ce que l'article 139 alinéa 1 vise le droit de prendre connaissance "au siège social ou au lieu de la direction administrative". Du point de vue grammatical, l'emploi de la conjonction "ou" au lieu de "et" tend à prouver qu'il s'agit là d'une obligation alternative. D'ailleurs, l'article 445 de la loi de 1966 punit "les administrateurs ou les directeurs généraux qui n'auront pas mis (certaines informations) à la disposition de tout actionnaire au siège social ou au lieu de la direction administrative...". Or, les dispositions pénales doivent être interprétées restrictivement. Ces motifs amènent à considérer que le choix appartient à la société. Pour éviter toute difficulté en pratique, et bien que le décret ne l'ait pas spécifié, les avis adressés aux actionnaires devraient prendre soin de préciser où doit s'exercer le droit de communication.

B/ L'inadaptation de cet instrument à toutes les sociétés.

La sollicitation directe de ses services ne risque-t-elle pas d'entraver l'action de la société ? Cette communication requiert effecti-

(1) Bastian, La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. 1968 - 2 - 2183 n° 568 ; Houin et Goré, La réforme des sociétés commerciales. D. 1967 - 157 n° 93.

vement de la part des entreprises une bonne organisation de leurs relations publiques. Dans les sociétés anonymes les plus importantes, la tâche peut être confiée à un responsable de l'information. C'est ainsi que pour ce qui concerne les sociétés cotées en bourse, la C.O.B. considère que le moment est venu d'imiter une institution que les sociétés nord-américaines ont forgée pour faire face aux exigences légales et aux recommandations de la S.E.C. (1). Dans chaque société cotée, une fonction de responsable de l'information devrait être créée pour assumer la mission d'information. Dans sa finalité et dans ses moyens, la fonction ne devrait pas être comprise comme un instrument mis au service de la stratégie commerciale, industrielle ou financière de la société ; elle devrait être exercée principalement en vue de constituer un instrument d'information objective, prompte et complète, des porteurs de valeurs mobilières et du public.

Mais ce qu'il est permis d'espérer des sociétés les plus importantes ne doit pourtant pas être escompté des autres. Il serait inconcevable d'attendre d'elles la mise en place d'un service de relations publiques qui mette en oeuvre des moyens importants tant humains que matériels. La publicité, fonction primordiale de la vie des sociétés ne saurait ignorer les nécessités économiques. Il ne convient pas toutefois d'établir une frontière entre les sociétés uniquement en vertu d'un critère quantitatif. Paradoxalement, la communication au siège social est le procédé le mieux adapté aux sociétés de petite dimension dans leurs relations avec leurs membres. Le cas des S.A.R.L. et des sociétés de personnes en témoigne : ce mode de publicité y est privilégié. Un grand nombre de sociétés anonymes, parmi les plus modestes, s'accommoderont donc également très bien de cette forme de publicité.

§ 2. Fonctionnement de cet instrument de publicité.

Il convient de déterminer quels sont les bénéficiaires de la communication au siège social et selon quelles modalités elle s'opère. De

- (1) Aux Etats-Unis, les sociétés cotées disposent d'un membre délégué de la direction investi du pouvoir de répondre au nom de la société à toute demande de renseignements que leur correspondant au Stock exchange, le listing representative, pourrait lui poser pour vérifier la teneur ou l'objectivité d'une information et, au cas d'insuffisance, la lui faire rectifier ou compléter. Plusieurs sociétés multinationales ayant leur siège en France ont choisi un listing representative pour être cotées à New York, tandis qu'un responsable de l'information a été désigné pour remplir les fonctions d'information.

ces deux points de vue, cet instrument de publicité apparaît plus limité que ne l'est le registre du commerce. Les tiers ne disposent ici que d'un droit de communication très réduit et la forme de la consultation des renseignements a longtemps été conçue restrictivement.

47

A/ Les bénéficiaires de la communication de renseignements au siège social.

Les actionnaires sont les bénéficiaires privilégiés de la communication d'informations au siège social. Ils ne sont pourtant pas les seuls à pouvoir y accéder.

48

I - L'actionnaire.

Il suffit d'avoir la qualité d'actionnaire et d'en rapporter la preuve pour pouvoir prendre connaissance des documents appelés à être communiqués au siège social. Peu importe le nombre d'actions possédées(1). Les textes précisent même que le droit de communication appartient à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu propriétaire et à l'usufruitier (2). Le concept d'actionnaire reçoit donc une définition particulièrement large. Deux questions doivent être résolues. L'actionnaire a-t-il la possibilité de se substituer un mandataire ou de se faire assister d'un expert pour exercer ses prérogatives ?

49

a) L'actionnaire a-t-il la possibilité de se substituer un mandataire ?

La loi de 1867, dans sa rédaction primitive, n'envisageait pas cette hypothèse. Aucun principe juridique ne s'y opposant, une telle pratique avait été admise. Il convenait toutefois de se conformer aux dispositions statutaires qui pouvaient l'interdire ou limiter la représentation des actionnaires aux seuls membres de la société (3).

(1) Reprenant les dispositions de l'article 35 alinéa 2 de la loi de 1867, les articles 168, 169 et 170 de la loi de 1966 édictent que "Tout actionnaire a le droit, dans les conditions et délais déterminés par décret, d'obtenir communication..." Trib. Corr. Seine 30.6.1938. S. 1938-2-198.

(2) Art. 171 loi 24.7.1966. La qualité d'actionnaire ne se perd en cas de transmission d'actions nominatives, que lorsque l'opération a été transcrite sur les registres de la société émettrice, conformément à l'article 1 al. 2 loi 7.12.1955 relative au régime des titres nominatifs. Crim. 10.1.1967 D.S. 1967 somm. 27, R.T.D.Com. 1967 - 191 obs. Houir.

(3) Contra : Houpin et Bosvieux, Traité général des sociétés civiles et commerciales, 7^e éd. 1935 n° 1208.

Par suite de la réforme réalisée par le décret-loi du 30.10.1935, une rédaction ambiguë du nouvel article 35 suscita des difficultés. L'alinéa second se contentait d'indiquer que les actionnaires avaient à leur disposition tous les documents devant être présentés à la prochaine assemblée, tandis que l'alinéa troisième autorisait "tout actionnaire à prendre copie ou connaissance par lui-même ou par un mandataire" des documents soumis aux assemblées générales des trois dernières années.

Fallait-il en conclure que préalablement à l'assemblée, seul l'actionnaire était susceptible d'exercer ce droit et qu'il ne pouvait en aucun cas se faire représenter par un mandataire ? Tout en déplorant cette solution, une partie de la doctrine reconnaissait que la différence de rédaction des deux textes et l'ordre dans lequel ils étaient disposés ne laissaient subsister aucun doute (1). Mais à vrai dire, on ne savait pas expliquer pourquoi dans une hypothèse l'actionnaire ne pouvait pas se substituer un mandataire alors que dans d'autres cas, il en avait le loisir. Comme le faisait alors remarquer un auteur : "Il s'agit d'une de ces incohérences juridiques qui ne trouvent aucune justification et qui sont d'autant plus critiques qu'elles entraînent des conséquences graves sur le plan pratique" (2). La jurisprudence n'admettait même pas qu'il fût dérogé à cette règle dans les statuts ; concernant un droit individuel de l'actionnaire, la disposition était impérative (3).

50

La réforme de 1966 met fin à ces difficultés. Dorénavant, les textes précisent que le droit de communication temporaire préalable à l'assemblée générale annuelle peut être exercé par le mandataire que l'actionnaire a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée (4), c'est-à-dire, d'après la solution prudente retenue par la loi (5), un autre actionnaire ou son conjoint. Toute clause contraire est réputée non écrite (6). Quant au

(1) H. Solus, La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937. 1938 n° 303 ;
T.C. Lyon 22.2.1968 R.T.D.Com. 68 p. 89.

(2) Heurteux, thèse préc. n° 64 p. 49.

(3) T.C. Mirecourt 6.3.1964, G.P. 1964-1-386 ; R.T.D.Com. 1964-585.

(4) Art. 141 décret 67.236.

(5) Art. 161 al. 1 loi 1966.

(6) Art. 161 al. 3 loi 1966.

droit de communication permanent, il peut être exercé par tout mandataire (1). Ni la loi, ni le décret ne contiennent de dispositions restreignant le libre choix du mandataire et il semble douteux que les statuts puissent poser des conditions restrictives.

Cette dernière solution paraît logique et on peut regretter le régime dualiste qui refuse de faire jouer librement les règles du mandat lorsque le droit de communication au siège social est exercé avant l'assemblée. En permettant à l'actionnaire de se faire représenter par un autre membre de la société, on ne fait qu'énoncer une évidence : ce mandataire exerce un droit qui de toute façon lui appartient. Quant à la concession faite en faveur du conjoint, elle est bien parcimonieuse. Puisque la loi de 1966 a voulu développer l'information, il est inutile d'entraver sa réalisation. On a trop reproché à l'actionnaire de se désintéresser de la vie sociale et de ne pas assumer ses prérogatives pour vouloir désormais lui enlever les moyens d'y parvenir. Certes, on pourrait rétorquer que préalablement à une assemblée, l'actionnaire garde la faculté de se faire envoyer certaines informations, et que cette possibilité justifierait la restriction des textes et supprimerait l'objection. Ce serait pourtant oublier que l'envoi de documents au domicile de l'actionnaire antérieurement à une assemblée n'est véritablement prévu de façon complète que lorsque la société sollicite des procurations.

Un lien aurait dû être établi entre l'exercice du droit de communication par un mandataire librement choisi et l'envoi de documents : l'existence du premier ne se concevant qu'en l'absence du second. Cette corrélation existe d'ailleurs en d'autres endroits : préalablement à toute assemblée, les obligataires peuvent exercer leur droit de communication par mandataires sans qu'aucune limitation n'intervienne dans ce choix (2) ; par contre, les obligataires n'ont pas la possibilité de se faire envoyer des documents. La solution actuelle semble trop restrictive et rejoint celle édictée pour la S.A.R.L. où seul l'associé a le droit de prendre connaissance des documents. (3)

(1) Art. 142 décret 67.236

(2) Art. 231 décret 67.236

(3) Art. 33 décret 67.236

51

b) L'assistance d'un expert.

On doit s'interroger sur l'opportunité d'autoriser un actionnaire à se faire assister d'un expert lorsqu'il exerce le droit d'obtenir communication d'informations auprès de la société. D'une part, pourrait être redoutée l'intervention de tiers trop empressés à s'immiscer dans les affaires sociales. Mais d'autre part, il faut tenir compte du légitime désir d'éclairer des actionnaires plus ou moins inexpérimentés. D'où la solution adoptée par l'article 144 du décret n° 67.236 : l'actionnaire peut se faire assister - et non pas représenter - d'un expert inscrit sur une des listes établies par les cours et tribunaux, étant signalé que les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article 219 de la loi de 1966 ne figurent pas parmi les personnes habilitées à assister les actionnaires. Les frais de cette assistance restent à la charge de ceux qui la requièrent.

52

II - Les autres bénéficiaires de la communication au siège social.

La seconde catégorie de bénéficiaires rassemble tous les tiers : créanciers, épargnants, sans omettre cette partie privilégiée de créanciers de l'entreprise que sont les membres du personnel qui jouissent de prérogatives particulièrement étendues. Toute personne intéressée dispose en permanence d'un droit de communication au siège social. En vérité, l'objet en est seulement la délivrance d'une copie certifiée conforme des statuts à laquelle doit être annexée une liste des noms, prénoms et domiciles des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance et du directeur ainsi que des commissaires aux comptes en exercice. (1).

53

Beaucoup plus important est le droit de communication reconnu au comité d'entreprise. Quelle que soit la forme juridique de l'entreprise, le comité dispose d'informations que le chef d'entreprise doit lui fournir en application des prérogatives générales du comité dans le domaine économique (2). Des dispositions spéciales ont été en outre prévues par l'ordonnance du 22.2.1945, pour les entreprises qui revêtent la forme d'une so-

(1) Art. 153 décret 67.236.

(2) Ordonnance 22.2.1945 art. 3, C ; modifiée par la loi du 18.6.1966, art. 3 d., al. 2.

ciété anonyme en vue d'élargir les possibilités d'investigation du comité (1). Et puis, la réforme du droit des sociétés en remaniant profondément les dispositions concernant les communications aux assemblées générales et aux actionnaires a modifié corrélativement les obligations des sociétés anonymes vis-à-vis du comité et de ses membres.

Les textes posent en principe l'assimilation des actionnaires et des membres du comité eu égard à l'information. L'article 3 alinéa 13 de l'ordonnance du 22.2.1945 leur accorde un droit aux mêmes communications et aux mêmes copies que les actionnaires qui s'exerce en des périodes identiques. Ce droit appartient certainement aux suppléants comme aux membres titulaires, mais on peut se demander s'il bénéficie également aux représentants syndicaux car ils ne sont nullement exclus par la formule légale. En tout cas, il ne s'étend évidemment pas à l'ensemble des salariés alors que tous les actionnaires possèdent un droit de communication qui leur permet de se renseigner personnellement.

Dans son examen des documents, le comité peut se faire assister d'un expert. Celui-ci est choisi par le comité seul, sans intervention de la société à qui cette désignation est seulement notifiée, sur la liste contenant le tableau de l'ordre des experts comptables de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège de l'entreprise. Devant être totalement indépendant de la société, cet expert ne pourrait être choisi, ici encore, parmi les commissaires aux comptes de celle-ci (2). Bien que rémunéré par la société, alors que les frais de l'assistance de l'actionnaire restent à la charge de ce dernier, il n'en est pas le mandataire, mais celui du comité (3).

-
- (1) Inapplicable aux sociétés en commandite par actions. Voir : Bastian, La communication aux comités d'entreprise, de renseignements d'ordre financier, J. Soc. 1948 - 329. Contra : Barbry, Les pouvoirs d'investigation des comités d'entreprise, G.P. 1946-2. 80 n° 13 ; Dalsace, L'extension des comités d'entreprise, G-P. 1946-1 ; avis du Conseil d'Etat section sociale 13.8.1946 J.C.P. 1946-3-114.
- (2) Art. 22 al. 6 de l'ordonnance du 19.9.1945 fixant le statut légal des experts comptables : "il leur est interdit d'exercer la profession d'expert comptable ou de comptable agréé dans les sociétés auprès desquelles les fonctions de commissaire aux comptes sont déjà exercées, soit par eux-mêmes, soit par toute personne ou société liée à eux par des intérêts professionnels ou privés communs". Bastian préc. n° 34. Contra : D. Veaux, Le rôle des comités d'entreprise dans les sociétés anonymes, Droit social 1948, 87 n° 14.
- (3) Caillez, L'examen des comptes par les comités d'entreprises, G.P. 1946-2-41 § 3.

Malgré l'assimilation de principe , on peut cependant se demander si les deux situations de l'actionnaire et des membres du comité sont à tous points de vue entièrement semblables (1). L'actionnaire, selon diverses modalités, a la possibilité d'exercer son droit de communication par l'intermédiaire d'un mandataire ; il est douteux qu'une telle solution puisse profiter aux membres du comité car l'assimilation faite par l'article 3 de l'ordonnance porte sur l'étendue et l'époque du droit de communication, non sur ses modalités (2). Par ailleurs, le représentant du personnel n'a pas du tout la même situation juridique qu'un actionnaire : il est déjà lui-même un mandataire. Sans doute, celui-ci peut-il, selon le droit commun, se substituer un autre mandataire (3). Mais on est ici en présence d'une véritable fonction dont sont seuls investis les membres du comité ou leurs suppléants. On ne s'expliquerait pas pourquoi l'un d'eux pourrait se faire représenter par un mandataire plutôt pour l'exercice du droit de communication que pour l'assistance aux réunions ou pour tout autre acte de sa mission. A quoi un auteur ajoute avec raison que l'utilisation d'un mandataire risquerait d'avoir pour résultat d'inciter les syndicats à faire "doubler" le délégué par un soi-disant mandataire imposé d'office et qui renseignerait davantage le syndicat que son prétendu mandant (4).

54

B/ Les modalités d'exercice de la communication au siège social.

On distingue traditionnellement un droit de communication permanent et temporaire. Le second est susceptible d'être exercé avant les assemblées générales pendant un délai de quinze jours. Les personnes intéressées doivent se rendre au siège social. Le silence de la loi ne saurait laisser conclure que la communication peut être exigée à tout moment. En réalité, les heures d'ouvertures des bureaux doivent être respectées. Sous cette réserve, les documents doivent être présentés, sans qu'il soit besoin d'une demande préalable.

55

Des discussions ont pu s'élever relativement à la mise en oeuvre de la consultation. Spécialement, le droit d'obtenir communication entraîne-t-il celui de prendre copie des documents ? Historiquement, ce fut

(1) Bastian préc. n° 25. Veaux préc. n° 12 et 14.

(2) Bastian préc. n° 26 ; Veaux préc. p. 96

(3) Art. 1994 du code civil.

(4) Bastian préc. n° 26 .

la liste des actionnaires qui suscita ces difficultés (1). Aux termes de l'article 35 alinéa 3 in fine de la loi de 1867, tout actionnaire pouvait prendre communication au siège social de la liste des actionnaires. Le législateur avait-il voulu reconnaître le droit d'en prendre copie ?

56

A cette question, une partie de la doctrine et de la jurisprudence s'accordèrent pour répondre négativement. Pour les tenants de cette thèse, le droit de communication n'entraînait pas le droit de copie ni même celui de prendre des notes. Par un raisonnement a contrario, ils soulignaient en effet l'opposition formelle qui existait au sein de l'article 35 entre le droit d'obtenir communication et celui de prendre copie (2). Il ne faisait pas de doute, pour eux, que "mettre à la disposition" de quelqu'un certains documents impliquait le droit de les examiner et de les transcrire, en revanche l'expression "prendre communication" semblait exclure pareille faculté. Dès lors, ils en concluaient que les rédacteurs du texte n'avaient pas eu pour intention d'autoriser les intéressés à prendre copie (3).

Pour restreindre le sens du mot communication, on invoquait encore un texte spécial aux sociétés par actions - l'article 63 de la loi de 1867 - d'après lequel toute personne avait le droit de prendre communication des pièces déposées au greffe ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute; or, on faisait remarquer à ce sujet que dans la pratique les greffiers ne toléraient pas que le public prît des notes et encore moins des copies sur les documents communiqués. Ces réticences traduisaient la crainte des sociétés d'une divulgation susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts sociaux ; des concurrents ayant acquis quelques actions auraient pu en abuser (4). La jurisprudence maintint son interprétation après le décret-loi du 30.10.1935 bien que cette réforme eût pour but d'assurer une protection des actionnaires plus efficace que par le passé (5).

57

Telle n'était pourtant pas l'opinion d'autres juristes qui s'appliquèrent à démontrer que l'actionnaire avait la faculté de prendre co-

(1) H. Lechner, Des droits propres des actionnaires, thèse Nancy, 1932, p.128

(2) Houpin et Bosvieux, Traité général des sociétés civiles et commerciales, 7^e éd. 1935 n° 1206 ; Percerou J. Soc. 1908 p. 166.

(3) Bosvieux J. soc. 1936 33.

(4) Thèse Heurteux préc. n° 74 p. 53.

(5) T.C. Seine 21.11.1938 D.H. 1939-32, confirmé par Paris 8.1.1945 D.-1945-231.

pie (1). Réfutant l'interprétation tirée de la rédaction de l'article 35 troisième alinéa de la loi de 1867, ils soutinrent que la soi-disant opposition entre le droit de communication et le droit de prendre copie procédait vraisemblablement du désir des rédacteurs d'éviter des répétitions. Prendre communication est synonyme de prendre connaissance ; or, si au début du troisième alinéa il était dit que tout actionnaire pouvait prendre connaissance ou copie, cela ne devait permettre que de conclure qu'au lieu d'opposer ces termes, le législateur aurait entendu les utiliser indifféremment, les deux premiers étant la conséquence naturelle du dernier (2).

Ensuite, il est évident, fut-il dit, que dans le langage courant le mot communication implique la faculté de prendre copie (3). Le langage juridique lui-même s'est d'ailleurs souvent servi de l'expression en lui donnant cette acception large : le ministère public est en droit de prendre des notes sur les pièces qui lui sont communiquées, et lorsque le code de procédure civile autorise chacune des parties au procès à réclamer la communication de pièces dont l'autre entend se servir contre elle, il n'a jamais été soutenu que ce droit excluait celui de prendre copie (4). Quant à l'usage suivi par les greffiers, sa transposition aurait mérité d'être discutée. Dans le cas de l'article 63 de la loi de 1867, il s'agissait de pièces dont la minute se trouvait dans un lieu public et il était normal qu'on ne portât pas atteinte au monopole de reproduction de l'officier ministériel. Au contraire, dans l'hypothèse présente, cette considération ne pouvait plus intervenir puisqu'il s'agissait de documents se trouvant entre les mains de la société et dans la reproduction desquels celle-ci ne devait pas trouver la source d'émoluments particuliers. Il était par conséquent naturel de laisser au mot communication son sens normal impliquant la faculté de prendre copie.

La volonté présumée du législateur avait souvent été invoquée en faveur de la thèse adverse mais à la lecture des travaux préparatoires, il apparaissait que son seul désir avait été d'éviter aux sociétés les frais qu'aurait nécessairement entraînés l'impression de ces documents à

(1) Lyon - Caen, Renault et Amiaud, Traité de droit commercial, tome 2, p. 338, note 2. H. Lepargneur, note sous *Crim.* 4.6.1941 - D.C. 1943-25

(2) Noirel, thèse préc. p. 146.

(3) H. Lepargneur. A propos de la communication de documents aux actionnaires. *J. Soc.* 1924 - 49.

(4) Rouen 31.5.1884-S-1884-2-567 - sol. impl.

l'exclusion de toute autre considération. Et s'il est vrai qu'en 1884 l'auteur d'un rapport déposé au Sénat concevait le droit de communication sans celui de prendre copie, encore faut-il ajouter que son but ne pouvait pas être d'interpréter la loi de 1867, mais à l'inverse de la modifier. Bien plus, après 1935, on ne pouvait plus ignorer l'esprit de la réglementation qui avait voulu assurer à l'épargne la sécurité grâce à une meilleure information des actionnaires (1). Le droit établi par le législateur de 1867 n'était donc qu'une application, comportant des limitations spéciales de la "communication des livres et inventaires" prévue par l'article 14 du code de commerce. Cette communication comporte un dessaisissement complet des documents et jamais personne n'a contesté que ce droit n'emportât la faculté de prendre des notes ou des copies ; pour qu'elle fût supprimée au détriment des actionnaires, il aurait fallu un texte qui n'existait pas.

Enfin, du point de vue pratique, le droit de communication sans celui de copie ne présente guère de réelle utilité. Il n'a d'autre raison d'être que de rendre plus efficace le contrôle des actionnaires et il aurait été bien illusoire s'il ne s'était manifesté que par une simple lecture. Quant à la crainte des sociétés d'une divulgation de la liste des actionnaires, elle était devenue vaine depuis que la jurisprudence avait admis la copie de la feuille de présence des assemblées des trois dernières années. La Cour de cassation se rangea finalement à cette opinion (2).

La législation actuelle offre le mérite d'une plus grande clarté. Si l'article 170 de la loi semblait ne pas avoir tenu compte des difficultés passées en persévérant à user des termes "obtenir communication" sans autres précisions, le décret subséquent ne laisse subsister par contre aucune ambiguïté en disposant expressément que le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie avec une exception pour ce qui concerne l'inventaire (3). Deux remarques doivent être formulées.

Sous réserve de l'interprétation des tribunaux, une réponse ministérielle est venue ajouter que la faculté de prendre copie autorise l'emploi de tout procédé permettant la conservation des renseignements : prise de notes, photographies, utilisation d'un magnétophone (4). On pourrait

(1) Paris 25.5.1939 S.1941.2.22 ; Paris 1.4.1941 G.P. 1941-1-302

(2) Civ. 2° 15.11.195. D-1958.109. note Dalsace.

(3) Art. 140 décret 67.236.

(4) Question M. de Prémaumont n° 22.652 J.O. A.N. 5.4.1972 p. 819

d'ailleurs concevoir que les sociétés qui disposent de moyens de reproduction puissent délivrer des copies moyennant remboursement des frais. Eventuellement, un nouveau texte pourrait même édicter une obligation en ce sens.

Quant à l'exclusion qui affecte l'inventaire, elle a pu être justifiée par le volume important que peut représenter ce document ainsi que par la crainte de permettre à un concurrent dans les petites et moyennes sociétés de découvrir certains secrets de fabrication (1). En vérité, seule l'interdiction de la communication aurait satisfait la dernière considération. De surcroît, le système établi tend à privilégier les personnes douées d'une excellente mémoire. Le droit de prendre connaissance sans celui de prendre copie est illusoire (2).

59

Le droit de communication des tiers auprès du siège social s'avère tellement réduit que la C.O.B.^a a proposé de le supprimer tandis que pour les autres modes d'information, en ce qui concerne du moins les sociétés cotées, il n'y aurait plus eu lieu de distinguer actionnaires et épargnants (3). Dans ces sociétés, en effet, dont tout épargnant peut d'un jour à l'autre, par un simple ordre de bourse, devenir actionnaire ou cesser de l'être, la distinction entre les actionnaires et le public, qui reste valable dans les sociétés fermées, n'a plus les mêmes raisons d'être et nuit à la diffusion des informations.

Mais, si véritablement cette remarque est justifiée, pourquoi n'abolir la distinction que partiellement et la laisser subsister pour les informations recueillies au siège social qui continueraient à bénéficier aux seuls actionnaires. Telle est la conclusion, bien plus logique, à laquelle est arrivé le ministère de la justice qui dans un projet relatif aux sociétés cotées en bourse prévoit une extension de l'information par la possibilité qui serait reconnue à toute personne le demandant d'obtenir les docu-

(1) Débats A.N. 8.6.1965, J.O. 9.6.1965 p. 1878 ; débats Sénat 20.4.1966, J.O. 21.4.1966 p. 190.

(2) T.C. Seine 15.11.1938 D.H. 1939-12.

(3) Rapport C.O.B. 1970 p. 97 - La solution existe déjà pour les compagnies d'assurances.

ments diffusés actuellement aux seuls actionnaires (1).

Il n'en demeure pas moins que la publicité réalisée au siège social est insuffisamment développée dans notre droit, à l'inverse de ce que le droit anglais peut connaître. Après l'avoir toujours exclu, la loi anglaise fait désormais une place croissante à l'information au domicile élu de la société (2). Toutes les informations déposées par la société au registre public - companies registry - se fondent sur des registres et documents que la société doit conserver à son domicile et mettre à la disposition du public par consultation ou copie. La publicité au domicile élu est même plus large puisque certains registres dont le contenu n'est pas notifié au companies registry sont également ouverts au public. Le droit français a préféré privilégier la publicité au registre du commerce. C'est là que l'ensemble de l'information se trouve à la disposition des intéressés.

60

Si importante que soit toutefois la publicité réalisée au registre du commerce ou au siège social, il est évident que dans bien des cas, le bénéficiaire de l'information ne se déplacera pas et qu'il n'écrira pas davantage pour se procurer les renseignements qui sont à sa disposition. Peut-on en effet espérer raisonnablement qu'il entreprendra un déplacement susceptible d'entraîner pour lui des charges souvent lourdes, sans compter la perte de temps qui en résulterait, dans le seul but de s'informer de la situation d'une société (3). Cette remarque vaut pour l'épargnant et le créancier de la société qui ne songeront à prendre des renseignements que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque leur attention aura été éveillée par tel signe particulier propre à susciter leur curiosité et suffisant pour vaincre leur inertie. Elle se justifie également vis-à-vis de l'actionnaire. Une prudente gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières postule des placements nombreux et divers. Les démarches de l'actionnaire en seront multipliées d'autant (4).

Ces constatations demandent toutefois à être nuancées. A l'égard des tiers, elles valent essentiellement pour les opérations courantes des sociétés, à propos desquelles précisément l'information a une justification

(1) Discours de M. Taittinger, Ministre de la Justice, devant la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. 14.3.1974, G.P. 22 et 23.3.1974.

(2) Tunc. Droit anglais des sociétés anonymes préc. p. 171.

(3) Tunc. L'effacement des organes légaux de la société anonyme D.1952 p.73.

(4) Thèse Heurteux préc.; n° 66 p. 50.

moindre. Quant à ce qui concerne les actionnaires ou épargnants, il se produit actuellement une profonde mutation de leur condition qui devrait provoquer un regain d'efficacité de la publicité statique. En effet, l'impraticabilité de cette dernière affecte surtout les individus isolés en raison des démarches qui peuvent les dissuader de s'informer effectivement et l'on peut légitimement penser que leur action en groupe modifierait considérablement cette situation. Or, cette union est aujourd'hui un phénomène en voie de réalisation. Sous diverses formes se concrétise une volonté de coopération entre épargnants. Que ce soit par la création de clubs, de fonds communs de placement ou même par la constitution de véritables sociétés telles les S.I.C.A.V., une épargne collective se substitue à l'épargne individuelle. Né aux Etats-Unis, ce mouvement est apparu en France où il a pris un grand essor (1). On pourrait en attendre un attrait nouveau pour la publicité statique à laquelle ne pourrait plus être reprochée son inaptitude à vaincre l'inertie de ses bénéficiaires.

61 Cependant, à cette première critique, s'en ajoute une autre plus fondamentale qui tient à la nature de l'instrument en cause. Il reste que la publicité statique ne parvient pas à répondre à tous les besoins quand bien même les bénéficiaires de l'information auraient la volonté de se renseigner. Déjà, elle ne permet jamais à la société de faire appel à ses actionnaires ou à l'épargne en général. Ensuite, elle reflète une situation existant à un moment déterminé ; la situation se modifiant, tous ceux qui ont pris la peine de s'informer auparavant risquent d'être trompés. La publicité dynamique remédie à ces inconvénients.

(1) Une enquête publiée par la Vie Française le 10.9.1971 recensait alors 2000 clubs d'investissements. Aux Etats-Unis, l'épargne collective représente actuellement 40 % des titres et devrait se situer vers 45 % en 1980. Les pourcentages seraient même respectivement 73 et 78 % si on excluait les opérations accomplies par les agents de change pour leur propre compte.

CHAPITRE II - LA PUBLICITE DYNAMIQUE.

52 Les reproches encourus par la publicité statique ont laissé apparaître la nécessité d'un système de publicité qui assumerait les fonctions méconnues par le premier. Par rapport aux actionnaires ou épargnants, la publicité dynamique offre deux intérêts essentiels. Elle contribue à vaincre leur réticence à entreprendre des démarches et représente le seul moyen pour la société de les alerter à un moment quelconque sans attendre qu'ils veuillent bien s'en inquiéter spontanément. Sa réalisation emprunte les modalités suivantes : soit un envoi à domicile, soit une diffusion des informations dans le public.

Section I - La publicité réalisée par l'envoi d'informations au domicile des actionnaires.

53 Ce mode de publicité ne se conçoit qu'en faveur des actionnaires qui sont suffisamment individualisables pour que des informations leur soient adressées personnellement. En revanche, la multitude des tiers et des épargnants rendrait illusoire toute tentative de l'instituer à leur profit. Mais s'agit-il bien toujours d'une forme de publicité ? La publicité ne doit-elle pas être "ouverte", c'est-à-dire s'adresser à des destinataires indéterminés ? C'est en effet en ce sens que le terme s'entend dans la notion de société faisant publiquement appel à l'épargne (1). Cependant le but recherché en la circonstance diffère : il convient d'opérer une distinction entre deux catégories de sociétés en vue de protéger l'épargne qui risque d'être d'autant plus menacée que les souscripteurs sollicités sont plus nombreux et les fondateurs inconnus d'eux. En réalité, la publicité est un mode d'extériorisation de l'information : une transmission de renseignements de ceux qui les détiennent vers ceux qui doivent les connaître. L'envoi d'informations à domicile entre dans cette définition.

(1) Voir infra n° 80 et s.

Cette modalité constitue l'ultime essai de rétablissement de l'actionnaire dans ses prérogatives d'associé. Il n'aura plus l'excuse de multiples démarches à accomplir. Directement sollicité, il pourra prendre connaissance et décider s'il veut participer à la vie sociale. On ne saurait imaginer d'autres mesures plus propices à favoriser l'information. Si pourtant cet effort échouait, si l'actionnaire persistait à opposer son inertie, aucune amélioration ne pourrait plus être espérée. Ce serait le signe d'un désintérêt voulu, la manifestation d'une volonté délibérée de ne pas exercer les droits que la loi lui confère. Or, malgré bien des critiques, l'assemblée des actionnaires conserve un rôle prééminent au sein de la société sous réserve de l'affirmation des droits propres reconnus aux organes de gestion et aux associés individuellement.

64 § 1. Les cas dans lesquels cette forme de publicité est utilisée.

Les textes édictent un certain nombre d'obligations que les sociétés ne se contentent pas de respecter. Elles procèdent à l'envoi d'informations en dehors des prévisions légales.

65 A/ Le respect des dispositions légales.

L'envoi de documents au domicile de l'actionnaire intervient selon deux modalités : automatiquement ou sur demande.

66 I - Envoi automatique.

Les sociétés anonymes dont toutes les actions sont nominatives peuvent remplacer la publication d'un avis de convocation aux assemblées générales par l'envoi de convocations individuelles (1). Cette substitution d'une forme de publicité à une autre présente l'avantage d'avertir l'actionnaire avec certitude de la date de la réunion alors qu'il aurait pu méconnaître l'indication fugitive d'une publication.

On ne peut qu'approuver la faculté qu'offre ainsi la loi. Il est souhaitable de dispenser de certaines formalités de publicité les

(1) Art. 124 al. 2 décret 67.236.

sociétés qui connaissent tous leurs actionnaires et qui peuvent s'engager à les informer directement, tant qu'eux seuls sont concernés par l'information envisagée (1). C'est bien le cas des actionnaires qui sont seuls intéressés par les assemblées générales ; les tiers ne sont jamais admis à y participer hormis les deux représentants du comité d'entreprise qui, s'ils ne sont pas visés par la formule légale, doivent être cependant avisés de la tenue de l'assemblée. Certes, il arrive que des assemblées délibèrent sur des questions intéressant les tiers. Mais alors, ce n'est pas tant la convocation à l'assemblée qu'il importe de leur faire connaître, car ils ne peuvent s'immiscer dans le déroulement de la réunion, que de publier les résolutions prises.

67

Parfois, ce sont les statuts qui stipulent au profit des titulaires d'actions nominatives et parfois même au profit des propriétaires d'actions au porteur dont la société connaît les noms et adresses le droit d'être convoqué par lettres ou circulaires. Le conseil d'administration ou le directoire doivent s'y soumettre (2).

Même en l'absence d'une clause statutaire, une convocation individuelle peut encore s'avérer indispensable dans certains cas. Déjà sous l'empire de la loi de 1867 - art. 35 modifié par le décret-loi du 30.10.1935 - tout actionnaire dont les titres étaient nominatifs pouvait, à la condition d'en avoir fait la demande, exiger d'être convoqué individuellement. La demande n'avait pas besoin d'être expresse et formelle si l'on pouvait en déduire l'intention de se prévaloir des dispositions de l'article 35 (3). Désormais plus n'est besoin de cette demande. L'article 125 du décret de 1967 fait une obligation à la société de convoquer par lettre individuelle les actionnaires titulaires de titres nominatifs, à la condition toutefois qu'ils le soient depuis un mois au moins à la date de l'insertion de l'avis de convocation dans un journal d'annonces légales. La même obligation est imposée à la société au profit de tous les copropriétaires d'actions indivises lorsque leurs droits sont constatés dans le même délai par une inscription nominative et, sous les mêmes conditions, au profit de l'usufruitier, s'agissant tout au moins d'une assemblée générale ordinaire (4).

En fait, les sociétés, désireuses avant tout d'obtenir le quorum et pour cela de porter réellement la convocation à la connaissance

(1) Rapport annuel C.O.B. 1970, p. 99.

(2) T.C. Seine 16.1.1893 Rev. Soc. 1893 - 293 ; Douai 22.11.1895 J. Soc. 1896 - 309.

(3) Req. 8.12.1942 J.C.P.1943 éd. C.I.. 2191 ; Rev. Soc.1943.267

(4) Art. 125 alinéas 2 et 3 décret 67.236.

des actionnaires ne manquent pas, en raison même de l'inefficacité de la convocation par la voie des journaux d'annonces légales, de faire des publications dans les journaux financiers et d'adresser des lettres à tous les actionnaires dont elles connaissent le nom et l'adresse. En outre, les commissaires aux comptes qui doivent être convoqués à toutes les assemblées d'actionnaires le sont également par lettre individuelle.

68

Lorsque la société a pris l'habitude de compléter les formalités légales de convocation par des lettres individuelles, on peut se demander si les actionnaires sont en droit d'exiger d'être avertis de la sorte pour les convocations ultérieures. La question fut posée avant 1966 par un porteur de parts de fondateur qui se plaignit de ce que la convocation eût été étouffée : résidant en un lieu éloigné du siège social, il n'avait pas été touché par la publication légale qu'il consultait d'autant moins que la société avait l'habitude d'envoyer des convocations individuelles. Or, en l'occurrence, la société en avait effectivement envoyé à tous les porteurs sauf précisément au demandeur (1).

On ne peut faire grief à une société de renoncer purement et simplement à une telle pratique qui ne procède d'aucune obligation légale, statutaire ou conventionnelle ; la société semble libre de revenir aux seules obligations légales car il paraît difficile d'admettre qu'une simple pratique puisse créer un véritable droit. Les juges de première instance songèrent bien à une obligation morale mais une telle obligation ne peut être par elle-même source de droit. En appel, la Cour d'Aix, tout en reconnaissant le caractère volontaire et inélégant de l'abstention, considéra que tout s'était passé régulièrement dès lors que les formalités légales avaient été accomplies. Aux dires de l'arrêt, l'intéressé n'avait acquis aucun droit à une convocation individuelle et ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même de n'avoir pas été atteint par les insertions : "jura sunt vigilantibus".

Le raisonnement serait acceptable pour une suppression générale des convocations individuelles. Mais différente était la situation de l'espèce. Peut-on admettre que la société cesse de convoquer individuellement certains actionnaires ou porteurs de parts, tout en continuant d'avertir les autres personnellement ! Faut-il persévérer à juger, comme dans le cas

(1) Aix 24.1.1956 J.C.P. 1956 - 9638, note Bastian.
Cassé par Com. 12.2.1958 R.T.D.Com 1961 p. 390.
Cour de renvoi : Nîmes 8.6.1960 1961.357, note Martine ; J.C.P. 1961.1.
11949 ; S.J. 1961. 56 note Dalsace ; C.P. 1961. 1. 26.

précédent, que la société reste libre de n'alerter que ceux dont elle peut craindre qu'ils n'aient été touchés par aucune des insertions ? La solution ne répond pas à l'allégation de fraude tirée de la discrimination opérée par la société et ne permet pas d'écarter l'adage *fraus omnia corrumpit*. Il convient donc de rejeter cette analyse et d'affirmer que l'abstention devient fautive lorsque le choix procède d'une intention frauduleuse, actionnaires ou porteurs de parts étant ou non convoqués individuellement selon qu'ils sont supposés favorables ou hostiles aux résolutions proposées par les dirigeants. Une réponse identique s'impose a fortiori lorsque l'omission ne vise que ceux dont l'opposition est certaine (1).

La question aurait été plus délicate à résoudre si la fraude avait été moins caractérisée ! Toute discrimination est-elle en soi repréhensible ? A l'égard des actionnaires, le principe d'égalité conduit à répondre affirmativement. La société se trouve donc placée face à cette alternative : ou bien effectuer les seules insertions requises par la loi sans envoyer aucune convocation individuelle, ou adresser des convocations à tous.

59 Outre les convocations aux assemblées qui peuvent faire l'objet d'une notification individuelle, la loi a prévu que les actionnaires doivent recevoir des documents propres à les informer quand ils sont sollicités pour donner un mandat en vue de leur représentation aux assemblées générales. Il s'agit là d'une innovation par rapport au droit antérieur. Elle fut réclamée par ceux qui croient les actionnaires capables de jouer le rôle déterminant que leur impartit le droit des sociétés à condition de leur accorder les moyens effectifs de mettre en pratique leurs pouvoirs théoriques.

La société qui envoie à l'occasion d'une assemblée générale des formules de procuration est désormais tenue d'y joindre un certain nombre de documents éclairant exactement l'actionnaire sur la portée du mandat qu'on sollicite de lui (2). En plus, doit être annexée à cette

(1) Un attendu d'un jugement du tribunal de commerce de Marseille cité par M. Bastian dans sa note (précitée) est particulièrement significatif : "... a été uniquement soucieuse de réaliser artificiellement une majorité en ayant recours à un mode de convocation extra-légal qui, par son caractère restreint, tendait à recueillir les voix des seules et à éliminer celles qui représentaient un intérêt opposé".

(2) Art. 133 décret 67.236.

sollicitation, une formule de demande d'envoi de documents et de renseignements. L'actionnaire est informé que s'il retourne à la société le pouvoir qui lui était adressé sans indication de mandataire, il sera émis à son nom un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou directoire (1).

70

II - Envoi sur demande de l'actionnaire.

Ce mode de communication constitue une autre innovation de la réforme entreprise en 1966. Dans toutes les sociétés anonymes, les actionnaires titulaires de titres nominatifs ou ceux qui justifient de la propriété de titres au porteur : soit par dépôt des actions dans tel lieu désigné par la société dans l'avis de convocation, soit par un certificat de dépôt délivré par la banque, l'établissement financier ou l'agent de change dépositaire de ces actions (2) ont la faculté de demander avant l'assemblée et aux frais de la société l'envoi des documents énumérés par les articles 133 et 135 du décret, propres à informer leur vote. Les actionnaires titulaires de titres nominatifs peuvent même par une demande unique obtenir de la société l'envoi de ces documents à l'occasion de chacune des assemblées ultérieures (3).

Les actionnaires qui le désirent peuvent donc sans frais et sans se déplacer, obtenir un nombre considérable de documents sur les sociétés dont ils détiennent des actions. Si pareille possibilité ne suffit pas à elle seule pour modifier la nature traditionnelle des rapports entre actionnaires et sociétés tels qu'ils se sont instaurés en pratique - cette mutation ne pouvant provenir que du désir réciproque des actionnaires de s'informer et de la volonté de la société de le permettre - elle revêt pourtant une grande importance potentielle.

L'envoi au domicile de l'actionnaire se conçoit plus facilement lorsque le nombre des associés est plus restreint. On entrevoit là une distinction qui sera fondamentale pour la publicité dynamique réalisée par voie de diffusion. Ainsi, les sociétés cotées dont le bilan n'excède pas 10 millions ne sont pas soumises aux larges obligations de publicité im-

(1) Note Tunc sous T.C. Seine 25.1.1953, D. 1953-312 décision préc.

(2) Art. 136 décret 67.236.

(3) Art. 138 alinéa 3 décret 67.326.

posées aux sociétés plus importantes (1). En revanche, elles doivent adresser dans un délai de quinze jours à tout actionnaire qui en formule la demande les documents que les autres sociétés sont tenues de publier (2). Une adaptation de l'instrument de publicité à l'importance de la société se réalise donc par nécessité même.

71

B/ L'envoi d'informations en dehors des cas prévus par la réglementation.

Les prescriptions légales ne constituent qu'un minimum impératif. L'information peut se mouvoir en dehors de ce cadre. Un nombre relativement important de sociétés font ainsi preuve d'initiatives spontanées susceptibles de revêtir deux formes essentielles selon le moment où elles se manifestent.

72

Parmi les moyens multiples qui sont à la disposition des dirigeants ~~désireux d'intéresser les actionnaires et le public à la marche~~ des affaires sociales dans un cadre moins rigide que celui des informations réglementaires, la lettre ou note est le plus fréquemment utilisé (3). Echappant à toute contrainte de formalisme ou de délai, elle présente l'avantage de la souplesse et de la rapidité. Elle peut d'ailleurs être reprise intégralement ou partiellement dans la presse en vue d'assurer une diffusion plus large.

Mais si, par définition, la société est libre de décider de l'opportunité de cette information, lorsqu'elle y procède, elle ne peut se dérober aux exigences d'exactitude et de loyauté. En particulier, elle ne saurait laisser dans l'ombre des faits plus importants que ceux qui sont présentés. Après les avoir analysées, la C.O.B. estime que plus de la moitié de ces lettres sont bonnes, 15 % étant même excellentes parce que précises, rapides, claires, complètes et prospectives. Pour un tiers, elles sont médiocres. Le restant est mauvais car l'information est vague, non chiffrée, tardive et peu convaincante. Dans tous les cas, les appréciations reflètent l'attitude générale de la société face à l'information. Les lettres défectueuses émanent d'entreprises qui ordinairement informent mal, que ce soit dans les rapports annuels ou dans les communiqués remis à la presse.

(1) n° 395 et s.

(2) Art. 297 décret 67.236.

(3) Au cours de l'année 1970, la Commission des opérations de bourse a recensé 130 sociétés dont les titres sont inscrits à la cote officielle qui y ont recouru. Ce nombre fut ensuite de 170 en 1971, 150 en 1972 et 105 en 1974.

La seconde modalité apparaît à l'occasion des assemblées générales. Par delà les distinctions opérées par la réglementation, les sociétés ont pris l'habitude de réunir l'ensemble de la documentation légale dans une plaquette qui occupe désormais une place centrale dans l'information.

Les avantages de cet instrument de publicité résident dans son mode de présentation. L'inclusion dans le texte de reproductions photographiques et la récapitulation sous forme de tableaux ou graphiques des éléments chiffrés rendent sa lecture attrayante. En particulier, des organigrammes permettent aisément de situer la place de la société à l'intérieur de son secteur professionnel ou au sein de son groupe, et de traduire son évolution personnelle. La C.O.B. encourage vivement tout effort qui s'attache à rendre le contenu de la plaquette plus significatif. Elle n'ignore pas cependant la difficulté qui consiste à vouloir satisfaire à la fois spécialistes et actionnaires moyens. Ce qui convient aux uns est inadapté aux autres. La Commission s'intéresse donc aux initiatives des entreprises qui, pour résoudre le problème, établissent à côté de la plaquette complète un second document simplifié destiné à un large public. Déjà, en 1970, sous forme de dépliants de dimension réduite ont commencé à être diffusées dans le public des sortes de cartes d'identité des grandes sociétés.

L'amélioration de la qualité intrinsèque du document ne constitue pourfânt pas le seul élément important. Encore faut-il s'assurer d'un impact suffisant de l'information. Celui-ci dépend de la rapidité, de l'importance et de la bonne orientation de la diffusion. Or, quatre fois sur cinq, cette dernière intervient après la tenue de l'assemblée générale (1). Elle sert alors à présenter l'activité de la société et ses résultats, mais ne contribue aucunement à éclairer le vote de l'actionnaire. Une publicité plus rapide est donc souhaitable.

Enfin, la C.O.B. émet le voeu que les sociétés françaises, désireuses d'attirer les épargnants étrangers à leurs titres ou d'être cotées sur les grandes places boursières internationales, s'efforcent d'éditer leur plaquette en langue anglaise (2). A défaut, il serait souhaitable à l'image de certaines sociétés allemandes, de diffuser dans chacun des principaux pays intéressés un résumé traduit.

(1) Rapp.C.O.B. 1973 p. 79 - Rapp.C.O.B. 1974 p. 20

(2) Certaines le font déjà : Rhône Poulenc, Pechiney, UGINE Kuhlmann, la Compagnie française des pétroles, la C.G.E., l'OREAL, l'Air liquide, Ciments Lafarge, Les pétroles d'Aquitaine. Ou même l'éditent en trois langues : Saint-Gobain Pont-à-Mousson, B.S.N., Moët-Hennessy, ou en cinq langues : Jacques Borel International.

74 § 2. Le fonctionnement de cet instrument de publicité.

L'acheminement de l'information jusqu'au domicile de son destinataire est en soi le moyen idéal de s'assurer que la publicité sera bien perçue. On doit pourtant s'interroger sur la praticabilité de cet instrument. Il révèle deux défauts qui tiennent l'un à la preuve de la réception des documents et l'autre à la forme ainsi qu'à la dispersion des titres.

75 A/ Les difficultés tenant à la preuve de la réception des documents.

L'information constitue un droit pour l'actionnaire. On ne saurait tolérer que les dirigeants tiennent dans l'ignorance certains membres de la société. Il faut prévoir néanmoins une difficulté de preuve. Par exemple, la convocation aux assemblées faite au moyen d'avis adressés individuellement aux actionnaires est une lettre missive, c'est-à-dire un acte sous seing privé. Si un actionnaire vient à prétendre que la convocation ne lui est pas parvenue, on doit se demander à qui incombera la charge de la preuve ? Evoquant ce problème, on se réfère généralement à la seule disposition régissant la matière : l'article 1315 du code civil. En vertu de ce texte : "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation". Selon une interprétation exégétique, le demandeur assume l'obligation positive d'établir la véracité de son allégation (1). Par application de ces principes de droit commun, il avait été admis sous le régime antérieur à 1966 qu'il appartenait à l'actionnaire de mettre en évidence le défaut de convocation. Par ailleurs, depuis la réforme, l'actionnaire a la possibilité d'exiger de la société un envoi recommandé à la seule condition de lui adresser le montant des frais de recommandation. Il a donc la faculté de se prémunir contre des difficultés probatoires (2) ; s'il s'y refuse, il s'expose au risque d'en supporter la charge.

Portant sur un simple fait, la preuve est libre, les juges pouvant admettre de simples présomptions. Mais, pratiquement il est très

(1) Aubry et Rau, 6^e éd. par Esmein, tome 12, § 749, p. 72 et . ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., tome 7, n^o 1416 et 1417.

(2) Art. 125 décret 67.236.

difficile de l'établir, sinon impossible. Seul l'envoi de lettres recommandées éviterait ces difficultés (1). Or, l'envoi n'en est seulement requis par la loi que lorsque la société veut substituer la convocation individuelle des actionnaires à sa publication (2). En l'absence de dispositions statutaires contraires, ce mode de procéder ne saurait être imposé aux administrateurs dans d'autres cas. De la même façon, aucune disposition n'est prévue pour les modalités d'envoi des documents préalablement aux assemblées générales. La société n'est tenue par aucune obligation particulière : un envoi ordinaire suffit donc avec les risques qui lui sont inhérents.

76

B/ Les difficultés tenant à la forme des titres et à leur dispersion.

Les sociétés françaises ont beaucoup moins de facilités pour entrer en contact avec leurs actionnaires que leurs homologues anglo-saxonnes du fait de la prédominance des titres au porteur. Une étude ne portant que sur les sociétés cotées a dénombré un peu moins de 500 millions d'actions (3). Plus précisément, 45 à 48 % des titres sont des titres au porteur déposés à la société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières, dite S.I.C.O.V.A.M., pourcentage auquel il convient d'ajouter 10 % représentant la masse des titres déposés dans les banques en vue de leur remise à la S.I.C.O.V.A.M. et qui ne sont pas en fait acheminés vers cet organisme, les banques ayant besoin de disposer d'un certain volant de titres pour faire face aux demandes de leur clientèle (4). Quant aux titres au porteur non déposés en S.I.C.O.V.A.M., 10 à 12 % continuent à être détenus par les porteurs qui entendent les conserver en leur

(1) Wahl. J. Soc. 1911 p.269. "Au reste, la preuve que la lettre n'est pas parvenue ne suffit pas pour qu'un actionnaire puisse se considérer comme n'ayant pas été convoqué, car les administrateurs ont fait tout leur devoir en adressant les convocations. Cette preuve ne peut servir que de point de départ à une autre preuve, portant sur le fait que la convocation n'a pas été adressée à l'actionnaire. Sur ce point encore des présomptions suffiront ; l'affirmation concordante de plusieurs actionnaires prétendant n'avoir pas reçu de convocation, pourra suivant les circonstances, être considérée comme prouvant que les convocations n'ont été adressées à aucun d'entre eux".

(2) Art. 124 décret 67.236

(3) M. Vasseur : Quelques caractéristiques du droit français des valeurs mobilières. in. Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, éditée par l'Institut d'études européennes de Bruxelles, 1970

(4) Thèse L. Averan - Horteur. De la C.C.D.V.T. à la S.I.C.O.V.A.M. Grenoble, 1957.

possession et 6 à 8 % demeurent en banque ou chez les agents de change (1). Les titres nominatifs représentent 25 % de la masse globale, dont 5 % de titres essentiellement nominatifs qui ne peuvent être convertis au porteur et 20 % de titres simplement nominatifs qui peuvent être convertis au porteur (2).

Cette structure des titres des sociétés françaises explique l'impossibilité de joindre nominativement tous les actionnaires. Les sociétés peuvent entrer en communication avec les titulaires de titres nominatifs et éventuellement avec ceux qui ont figuré sur les feuilles de présence de la dernière assemblée, mais il est inconcevable qu'elles puissent les joindre tous. On exclut par là même de pouvoir généraliser cette forme de publicité pour l'accomplissement de toutes les formalités légales ; elle reste un moyen de communication entre la société et les seuls actionnaires connus, c'est-à-dire qu'elle demeure un mode de publicité incomplet.

C'est une différence fondamentale opposant les pays où les actions sont généralement au porteur comme la France, l'Allemagne, les Pays Bas, la Belgique et le Luxembourg, et ceux où elles sont en principe toutes nominatives tels les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'Italie. Dès 1929, la loi anglaise a imposé aux sociétés d'accomplir une information au domicile de l'actionnaire par l'envoi d'une documentation précise et importante. Des textes de 1948 et 1967 ont encore développé ces formalités (3). Les Etats-Unis l'ont également compris qui ont prévu qu'un certain nombre de documents essentiels seraient adressés au domicile des actionnaires.

77

L'inflation de titres , alliée à leur dispersion entre de nombreux porteurs révèle un autre inconvénient de cet instrument de publi-

(1) Tous les banquiers ne peuvent adhérer à la S.I.C.O.V.A.M. qui comporte 311 membres alors qu'il existe 400 banquiers et 90 agents de change.

(2) Ils le sont toujours lorsqu'il s'agit d'opérer leur cession. Quand une personne titulaire d'un tel titre s'adresse à un agent de change pour le céder, celui-ci est d'abord converti au porteur, il est cédé sous la forme d'un titre au porteur à l'agent de change acheteur. Une masse considérable de titres simplement nominatifs transite par la S.I.C.O.V.A.M. car ce sera à la suite d'un tel transit que la cession se trouvera avoir été réellement effectuée. Le titre simplement nominatif cédé est d'abord converti au porteur ; passe par la S.I.C.O.V.A.M. et parvient à l'agent de change acheteur.

(3) Tunc. Le droit anglais des S.A., préc. n° 116 p. 173.

cité: son coût élevé. Pour une société comptant 150.000 actionnaires, l'envoi de formules de procuration représentait une dépense de 900.000 francs en 1969 et de un million de francs en 1970 (1). Certes, un nombre aussi élevé de membres n'est atteint que pour quelques unes des sociétés françaises et l'on peut estimer que cet effort consenti pour l'information doit contribuer au développement des placements en valeurs mobilières. Par ailleurs, les textes en vigueur n'imposent nullement de faire parvenir aux actionnaires lors de la convocation des assemblées des pouvoirs, ni même des documents particulièrement importants. Les charges décrites ne trouvent donc pas leur origine dans des dispositions légales ou réglementaires dont le caractère est peu contraignant. Cependant, ces remarques appellent des correctifs. D'abord, il ne faut pas oublier la nécessité pour les grandes sociétés de solliciter des procurations sous peine de ne pas réunir le quorum requis pour la tenue des assemblées : ce qui les obligerait à procéder à une nouvelle convocation et occasionnerait des frais supplémentaires. Ensuite, s'il est exact que le nombre de documents à joindre aux formules de procuration est limité, il n'en demeure pas moins que chaque actionnaire a la faculté d'en réclamer d'autres (2).

78

La publicité réalisée par l'envoi de documents à domicile assure parfaitement sa mission d'information par l'impact certain qu'elle a sur l'actionnaire. Elle permet donc véritablement de juger de la volonté des membres de la société de participer à celle-ci. Qu'en est-il ? Une illustration peut être décelée dans le pourcentage des pouvoirs collectés par rapport aux formules de procuration envoyées. Quoique variable et dépendant en partie des délais laissés aux personnes sollicitées, il représente environ de 30 à 60 %. Ces renseignements ont été corroborés par un sondage effectué par un grand établissement de crédit sur une période au cours de laquelle se tinrent 82 assemblées générales : pour 183.000 formu-

- (1) Question écrite M. André Armengaud n° 9232, J.O. déb. Sénat 12.5.1970 p. 371. Envoi de 150.000 pouvoirs avec enveloppe timbrée pour la réponse : 120.000 francs. Frais d'impression des pouvoirs et documents annexes : 120.000 francs. Commissions bancaires et droits de timbre sur pouvoir - les pouvoirs renvoyés à la société étant assujettis à un droit de timbre de 5 francs - soit 70000 pouvoirs reçus : 650.000 francs.
- (2) A titre d'exemple, la société Moët-Hennessy, société anonyme cotée en bourse au capital de 157.817.800 francs, a eu l'extrême obligeance de nous communiquer personnellement le budget des frais afférents à l'envoi d'informations préalablement à son assemblée générale pour l'année 1975. Pour les 4000 exemplaires - dont 1000 en langue anglaise - de la brochure relative aux comptes soumis à l'approbation de l'assemblée ordinaire annuelle le coût fut de : 350.000 francs. Frais de correspondance : 10.000 francs - Frais d'impression des pouvoirs : 6000 francs - Soit un total de 366.000 francs. Il est intéressant de rapprocher de ce chiffre celui du montant des frais des insertions légales : 4000 francs.

les de pouvoir adressées par l'intermédiaire de cette banque, 102.000 réponses furent obtenues.

Ces indications démontrent avec éloquence que, quelle que soit l'importance des moyens mis en oeuvre pour informer l'actionnaire et le mettre en mesure d'exercer ses prérogatives, celui-ci se comporte très souvent comme un simple prêteur de fonds. Dans son ouvrage "Aspects juridiques du capitalisme moderne", Ripert en formulait déjà l'idée : "... ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'aucune de ces réformes n'a atteint son but. Le législateur tentait quelque chose d'impossible : secouer l'indifférence des actionnaires" (1).

Actuellement, l'affirmation mérite pourtant d'être nuancée. Certes, une fraction importante d'irréductibles subsiste mais la réforme de 1966 a réussi à sortir quelque peu les actionnaires de leur état de léthargie. Ils ont la possibilité de s'informer et cette faculté, même non exploitée, doit être maintenue sauf à vouloir renoncer à une organisation démocratique de la société anonyme et enlever tous ses pouvoirs à l'assemblée des actionnaires.

Section 2 - La publicité diffusée dans le public .

L'envoi d'informations à domicile est réservé exclusivement à l'attention des actionnaires. Pour alerter les tiers, qu'ils soient créanciers ou épargnants, la publicité dynamique devait emprunter une autre voie.

Historiquement, on fit d'abord usage dans ce but tant de placards apposés dans certains lieux déterminés que d'annonces verbales ou criées (2). Ce dernier mode de publicité est tombé en désuétude ; l'affichage lui-même est passé au second plan (3), et l'insertion dans les journaux, bien plus

(1) 2° éd. 1951 n° 43.

(2) Thèse P.Dorly - Les annonces judiciaires et légales. 1912 p. 1.

(3) Paris 9.1.1879 Journal des Tribunaux de commerce 1880 p. 205 :

"... des deux modes de publicité exigés en matière de faillite par l'article 442 code de commerce, l'insertion dans les journaux est de beaucoup le plus important ; c'est lui qui, véritablement, porte le jugement à la connaissance du public, et il doit être considéré comme suffisant dans le cas où la formalité de l'affichage n'aurait pas été remplie".

sérieuse et plus efficace, a supplanté les autres moyens de publicité (1).

Aujourd'hui, la publicité diffusée combine divers instruments. A côté d'une publicité par voie de journaux qui assure la diffusion la plus large possible mais qui risque de tromper la vigilance des intéressés par son caractère fugitif, il a paru nécessaire d'instaurer un mode d'information réservé à ceux qui entrent en relations avec la société et garantissant qu'ils en auraient connaissance. A cette première raison de la diversification s'ajoute celle qui provient d'une distinction fondamentale entre les sociétés anonymes. Le critère de l'appel public à l'épargne a pour effet de dispenser ou d'assujettir les sociétés à l'accomplissement de certaines formalités qui mettent en oeuvre des instruments spécifiques.

80 § 1. La notion d'appel public à l'épargne.

La loi du 24.7.1867 n'avait prévu qu'une seule forme de société anonyme ; les mêmes formalités étaient applicables à toutes. Mais il est vite apparu que ce régime unique était inadapté pour régir à la fois la situation de sociétés constituées entre personnes qui se connaissent, sans appel à des capitaux extérieurs, et celle de sociétés plus importantes sollicitant publiquement l'épargne. C'était une suggestion fréquente en doctrine de différencier les grandes sociétés anonymes dans lesquelles les actionnaires ne sont souvent que des spéculateurs et les autres sociétés qui groupent des associés actifs.

Dans l'intention de protéger l'épargne contre ceux qui tentaient de la duper, le législateur édicta des obligations particulières dans

(1) La publicité par voie d'insertion dans les journaux est apparue le 12.2.1814, date du décret de Marie-Louise régente. Mais les prescriptions de ce décret ne furent pas appliquées par nombre de sociétés. Il s'éleva de multiples contestations qui amenèrent le décret devant toutes sortes de juridictions. Des Cours arrêtaient que le décret n'était applicable qu'à Paris, d'autres qu'il était inconstitutionnel. La Cour de cassation saisie du débat, déclara sur les conclusions conformes du procureur général Dupin (D1832.1.113) que l'Impératrice Marie-Louise n'avait eu, comme régente, que participation au pouvoir exécutif, que le décret statuait sur des matières qui étaient essentiellement du domaine de la puissance législative, qu'il était donc inconstitutionnel. Mais, dès le lendemain de l'arrêt, le même Dupin, en qualité de député, saisissait la Chambre d'un projet de loi pour consacrer législativement une mesure donc l'utilité et la valeur étaient unanimement reconnues. C'est ainsi que fut votée la loi du 31.3.1833 rétablissant la publication par la voie des journaux.

le cas d' "appel à l'épargne publique", selon la terminologie alors en vigueur. Cependant, la distinction ne jouait qu'un rôle des plus limités. Outre qu'elle retentissait sur les formalités afférentes aux souscriptions (1), elle obligeait seulement à choisir l'un des commissaires aux comptes (2) ou l'un des commissaires aux apports (3) sur une liste déterminée. D'autres mesures furent également prises qui n'étaient pas la conséquence directe du mode de constitution du capital, mais du fait que les titres étaient inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeurs. (4)

La discrimination a été accentuée par la réforme entreprise à partir de 1966. Un ensemble de règles forment un véritable statut des sociétés par actions faisant publiquement appel à l'épargne. Ce particularisme se manifeste spécialement en matière de publicité. La notion d'appel public à l'épargne commande l'organisation des instruments de la publicité diffusée. A ce titre, son étude se justifie ici. Son intérêt résulte en outre des implications qu'elle comporte relativement à la mise en oeuvre ainsi qu'à l'objet des publications.

81

A/ Le critère de distinction.

M. Solus remarquait : "Nulle part on ne trouve dans nos lois de définition juridique de l'appel à l'épargne publique en matière de société" (5). A défaut, les interprètes se référaient aux dispositions de l'article trois de la loi du 30.1.1907 qui avaient subordonné "l'émission ... à la publication préalable d'une notice au B.A.L.O.", mais il n'en subsistait pas moins des divergences regrettables en jurisprudence et en doctrine (6).

(1) Art. 3 loi 30.1.1907 devenu art. 250 C.G.I.

(2) Art. 33 al. 3 loi 1867.

(3) Art. 4 al. 3 loi 1867.

(4) Ordonnance du 4.2.1959 relative au marché financier, reprise par le décret du 29.11.1965 relatif à l'information des actionnaires et du public.

(5) Ouvrage préc. n° 240 p. 211.

(6) Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales. Tome 2 - 1951, n° 726 p. 219 - Hamel et Lagarde, Traité de droit commercial - Tome 1. 1954, n° 612 p. 734 - Fargeaud, La souscription publique en droit français, Journ.not. 1958 - 45.653.

La loi de 1966 commence par abandonner une terminologie défectueuse. Le décret-loi du 31.8.1937 modifiant l'article 4 alinéa 12 de la loi de 1867 concernait "les sociétés faisant appel à l'épargne publique". L'expression était inexacte car l'épargne dont il s'agit n'est pas l'épargne publique mais normalement l'épargne privée. Ce qui est public, c'est le procédé utilisé à l'effet de l'attirer. Plus justement, il est désormais fait état des sociétés qui font publiquement appel à l'épargne ou de l'appel public à l'épargne. En outre et pour mettre fin à des controverses, l'article 72 de la loi de 1966 précise les critères de l'appel public à l'épargne : "Sont réputées faire publiquement appel à l'épargne, les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeurs, à dater de cette inscription, ou qui, pour le placement des titres quels qu'ils soient, ont recours, soit à des banques, établissements financiers ou agents de change, soit à des procédés de publicité quelconque". De ce texte qui ne cumule pas les conditions mais énumère des modes distincts d'appel public à l'épargne, des solutions assez nettes peuvent être déduites (1). Trois séries de circonstances sont prévues par l'article 72, desquelles résulte une présomption d'appel public à l'épargne.

82

Est tout naturellement une société faisant publiquement appel à l'épargne, celle dont les titres sont inscrits à la cote officielle des bourses de valeurs, quand bien même le capital aurait-il été constitué ou augmenté en circuit fermé sans appel public à l'épargne.

L'admission des titres à la cote étant nécessairement postérieure à la constitution, cette première circonstance ne peut donc se rencontrer qu'alors que la société a déjà commencé ses activités. A considérer la lettre du texte, la présomption légale ne semblerait s'attacher qu'à l'inscription à la cote officielle contrairement à la jurisprudence antérieure à 1966 qui jugeait qu'une société devait être réputée faire publiquement appel à l'épargne dès que ses titres étaient négociés en bourse et sans distinguer entre le marché officiel et le marché hors cote. En réalité, des difficultés d'interprétation peuvent subsister à ce sujet et la doctrine incline généralement en faveur du maintien de la solution précédente (2), bien que certains estiment que la réponse dépende, en pareil cas,

(1) J.O. débats Sénat, séance du 20.4.1966, p. 196.

J.P. Sortais. Observations à propos de la définition des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. J.C.P. 1968.1.2194.

(2) Obs. Houin, R.T.D.Com. 1969 p. 1002.

du volume et de la fréquence des transactions (1).

83

La deuxième série de circonstances retenues par l'article 72 consiste en ce que la société a eu recours à des banques, établissements financiers ou agents de change pour le placement de ses titres quels qu'ils soient. Les banques peuvent se contenter de jouer le rôle d'intermédiaires entre les fondateurs qui prennent l'initiative de créer la société et l'épargne. Prêtant en quelque sorte leurs guichets à la société dont les actions vont être émises, elles se bornent à placer les titres dans le public sans contracter elles-mêmes aucun engagement quant au nombre de titres à placer (formule du syndicat de placement). Elles peuvent y adjoindre l'obligation de souscrire tous les titres qui n'auraient pas été placés dans le public (syndicat de garantie). Ces deux procédés entrent dans les prévisions du texte (2). En revanche, que décider lorsqu'une banque prend ferme les actions et intervient en tant que souscripteur voire en qualité de fondateur ? (3). Convient-il d'exclure pareille hypothèse du domaine de la présomption ? Deux thèses s'affrontent.

D'après la première, il y aurait appel public à l'épargne du seul fait que des banques ont participé à la constitution de la société. On fait valoir en faveur de cette interprétation extensive les termes très larges de l'article 72 qui lorsqu'il vise le recours à des banques ne distingue pas selon que l'appel public à l'épargne a lieu lors de la constitution de la société ou plus tard, au cours de la vie sociale. Même si les banques prennent ferme les titres, cette conception présume que leur diffusion dans le public interviendra tôt ou tard.

La deuxième thèse qui comporte une interprétation restrictive de la notion d'appel public à l'épargne paraît préférable. Elle s'appuie sur un argument tiré du libellé même de l'article 72 qui désigne le placement et non pas la souscription des actions par les banques (4). Elle se renforce d'un argument de fond qui part de la constatation que dans l'hypothèse où toutes les actions font l'objet d'une prise ferme, la société

-
- (1) Brochure C.O.B., Le statut des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, octobre 1969, p. 4 ; J.O. déb. A.N. séance 3.6.1966 p. 1708
(2) Solus préc. n° 240, p. 211.
(3) Goré, Le contrôle de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, Rev. française de comptabilité, 1967 p. 217, note 5 ; Houin et Goré, D. 1967, p. 121 et s., n° 22, note 2
(4) Houin et Goré préc., n° 22, p. 129, note 27 ; Solus préc. J.C.P. 1968-1-2194 n° 4.

se constitue entre un nombre limité de personnes qui se connaissent. Dès lors, il est possible de se contenter de formalités simplifiées. Quelle utilité y aurait-il à imposer le respect de règles qui ne présentent un intérêt que lorsque les souscripteurs sont des membres du public ? Qu'en suite les fondateurs cherchent à écouler tout ou partie de leurs titres dans le public est une éventualité contre laquelle les épargnants seraient protégés au cas où elle se réaliserait et à partir de ce moment seulement.

84

Enfin, l'article 72 retient comme troisième critère de l'appel public à l'épargne le fait que la société, pour le placement de ses titres, a eu recours à des procédés de publicité quelconque. C'est au cours des travaux parlementaires que ce dernier mot, initialement rédigé au pluriel est passé au singulier (1). Effectivement, il convient de s'attacher au résultat plutôt qu'aux moyens, tels que les annonces de presse, les démarchages, les circulaires, les affiches, émissions radiophoniques... Les auteurs s'accordent à remarquer que la loi a employé une formule très large qui permet d'appréhender le recours à des moyens non expressément désignés par le texte (2).

Certaines situations ont prêté à discussion, notamment le cas où les fondateurs, au lieu de s'adresser impersonnellement au public en général, ont contacté nominativement des personnes en leur faisant parvenir des plis fermés pour les inviter à souscrire. Il semblerait qu'il y ait là un des procédés de publicité visés par l'article 72 (3). Pourtant, dans l'une des rares espèces où la Cour de cassation ait eu à se prononcer sur le point de savoir ce qu'était une souscription publique, elle a énoncé que "le fait que certains prêteurs n'étaient pas connus des démarcheurs avant d'avoir été sollicités par eux ne suffit pas pour imprimer à l'opération le caractère d'une souscription publique" (4). Mais l'interprétation

(1) J.O. déb. Sénat, séance 20.4.1966, p. 196.

(2) On reconnaît l'appel au public, par exemple, dans un envoi de lettres à des inconnus : Fargeaud, préc. ; par contre, dans le cas où quelques uns des rédacteurs d'un journal ayant décidé de constituer une société anonyme, ne sollicitent pour la souscription que les autres rédacteurs au moyen de lettres individuelles et lettres circulaires à l'exclusion de toute autre personne, il n'y a pas appel public. Rép. Min. J.O. déb. Sénat 7.5.1968 p. 220, R.T.D.Com. 1968 p. 366.

(3) En ce sens : Traité Ripert et Roblot, n° 1040 ; Tronchet, note sous Grenoble 13.11.1967, J.C.P. 1969 - 15830.

(4) Crim. 11.2.1941, J.C.P. 1941-2-1644 note Bastian ; S. 1941-1-196 ; Esmein : Les notions de souscription publique, d'offre au public et d'appel à l'épargne publique en matière de sociétés. J.C.P. 1941-1-208.

restrictive adoptée par l'arrêt a pu être justifiée par la raison que la Cour de cassation avait à faire application d'une règle répressive (1). Il semble plus conforme à l'esprit de la loi nouvelle d'adopter une interprétation large de ces "procédés de publicité" et de considérer comme tels l'envoi de plis fermés à des destinataires inconnus, dès lors que les sollicitations présentent un caractère organisé et systématique. En revanche, il n'en irait plus de même dans les rapports entre une société et ceux qui en sont déjà les actionnaires, ou encore au cas où les lettres ou circulaires ne seraient adressées qu'à un nombre limité de personnes, envisagées en raison de qualités particulières. Les actionnaires, quelle que soit la forme de leurs actions constituent le cercle fermé qui s'oppose au public (2). Il ne convient pas en effet de considérer comme a pu le décider une Cour d'appel (3), qu'il y a appel public à l'épargne en cas d'augmentation de capital réservée aux anciens actionnaires, par le seul fait que toute personne était en mesure d'acquérir un droit préférentiel de souscription attaché aux actions anciennes ou que toute personne avait pu auparavant acquérir des actions de la société. Il ne pourrait en être autrement que si la société à l'occasion de l'augmentation de capital avait recouru à des procédés de publicité quelconque.

~~Une limite doit encore être évoquée.~~ Dans le silence des textes, on avait autrefois estimé devoir tenir compte du fait que la société avait procédé à la publication de la notice requise par la loi du 30.1.1907 des sociétés qui émettaient des titres dans le public. Ce comportement n'était-il pas le signe du caractère de la société ? En ce sens, les termes d'un rapport précédant un décret du 29.6.1936 laissaient supposer qu'il fallait entendre par sociétés faisant appel à l'épargne publique "toutes les sociétés ayant en circulation des titres offerts au public dans les conditions qui ont donné lieu aux formalités prescrites par l'article 3 de la loi du 30.1.1907". C'était là en réalité, à défaut d'un critère plus précis, prendre l'effet pour la cause. Un tel raisonnement doit être aujourd'hui

(1) Art. 37 loi 7.3.1925 D.P. 1925-4-169, réprimant le fait pour des gérants de S.A.R.L. d'ouvrir une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques pour le compte de la société.

(2) Chéron, note sous Trib. Corr. Seine 4.6.1913 D.P. 1914-2-121 ; Bosvieux : La nouvelle réglementation du mandat des commissaires. J. Soc. 1936-158 note 16.

(3) Nancy 14.2.1940 G.P. 1940-1-399 ; J.C.P. 1940-2-1517 ; D.H. 1940-119

expressément exclu. En effet, l'article 57 du décret n° 67.236 du 23.3.1967 dispose que "la publicité prescrite par les lois et règlements ne constitue pas, par elle-même, un appel public à l'épargne au sens de l'article 72 de la loi sur les sociétés commerciales". A contrario, cette formulation permet d'affirmer que tout procédé de publicité autre que ceux rendus obligatoires par la loi et les règlements, s'il a pour but le placement des titres cotés ou non cotés, est de nature à faire considérer la société qui l'utilise comme faisant publiquement appel à l'épargne.

85

B/ Les difficultés d'application du critère.

La règle de l'article 72 étant énoncée sous la forme d'une présomption, il faut en préciser le domaine. Quel rôle assigner à la volonté dans la mise en oeuvre du critère et dans quelle mesure la disparition d'une des conditions prévues par la loi a-t-elle une influence sur la qualification à retenir ?

86

I - Le rôle de la volonté dans la mise en oeuvre du critère de l'appel public à l'épargne peut donner lieu à discussion. Un jugement du tribunal civil de la Seine du 24.6.1936 (1) a laissé entrevoir les difficultés qui pourraient naître si une société refusait de bénéficier de la publicité la faisant accéder au statut plus contraignant de celles qui sont considérées comme faisant publiquement appel à l'épargne. En l'espèce, le syndicat général des courtiers en valeurs désirait inscrire à la cote les actions de la Fabrique centrale des sucres de Meaux. Malgré le refus de la société, le syndicat passa outre et publia au B.A.L.O. la notice prévue par la loi du 30.1.1907, puis les actions furent inscrites à la cote. Voulant faire cesser cette inscription, la société avait saisi le tribunal en affirmant que l'attention des spéculateurs était davantage attirée lorsqu'il y avait cotation, que les différences de cours étaient plus grandes et de nature à nuire au crédit de la société. Elle rejoignait ainsi la conception du doyen Carbonnier selon laquelle : "La société, personne morale, a le droit comme une personne physique au respect de sa vie privée. L'inscription d'office à la cote serait une violation de ce droit". (2)

(1) D. 1938-2-97. Note Carbonnier.

(2) Note précitée.

Le tribunal refusa de faire droit à la demande considérant qu' "il est de nature même des actions d'être négociables" et que seuls les statuts de la société émettrice auraient pu apporter des restrictions à cette négociation mais comme ils n'en édictaient aucune à cet égard, aucune entrave ne pouvait être apportée au droit des actionnaires de négocier librement leurs titres et notamment de s'adresser aux intermédiaires qualifiés. En conséquence, la société se trouvait soumise aux obligations spéciales aux sociétés sollicitant publiquement l'épargne.

Effectivement, la société anonyme est, par nature, largement ouverte au public. Si les actionnaires désirent lui donner un caractère fermé, en limitant par exemple le nombre des associés, ils doivent exprimer cette volonté dans les statuts. Si, tel n'est pas le cas, il n'existe aucune raison pour que les cours soient tenus secrets. D'ailleurs, dans l'espèce examinée, avant leur introduction au marché de la coulisse, les actions étaient négociées au marché hors cote, c'est-à-dire que la cotation était faite sous la responsabilité de ses auteurs et que les prix se trouvaient mentionnés dans les bulletins financiers. Dans ces conditions, la société était mal venue à s'opposer à l'inscription à la cote officielle qui présente davantage de garanties.

Lorsque le placement des titres est assuré par le recours à des banques, établissements financiers ou agents de change, constituant la deuxième série de circonstances retenues par l'article 72, faut-il considérer uniquement l'accomplissement de ces formalités sans prêter attention à l'auteur de cette initiative ? Autrement dit, convient-il toujours de présumer que la société fait publiquement appel à l'épargne, avec toutes les conséquences que cela comporte, lorsque c'est un souscripteur ou un titulaire de titres qui cherche à les écouler dans le public en recourant aux services de banques ou à des moyens de publicité ?

Puisque ce n'est pas la société qui fait publiquement appel à l'épargne, certains auteurs considèrent que cette qualification ne peut s'imposer à elle car sa situation juridique et les règles qui lui sont applicables ne peuvent pas dépendre de la volonté discrétionnaire d'un porteur de titres, à moins que celui-ci soit un prête-nom ou agisse en accord avec la société elle-même (1).

(1) Houin, R.T.D.Com. 1968 p. 1002 ; réponse ministérielle n° 6099, J.O. déb. A.N. 16.9.1969 p. 2900.

En réalité , une fois de plus , il convient d'analyser les circonstances de fait. Ce qui importe surtout, en l'occurrence, c'est le degré de diffusion des titres dans le public. Si la répartition atteint un certain rayonnement, indépendamment même de la volonté de la société, la situation de celle-ci en est nécessairement affectée (1).

88 II - S'agissant d'une présomption, son domaine doit être déterminé avec soin. Une société peut-elle être considérée comme faisant publiquement appel à l'épargne en cas d'absence d'une des conditions prévues par la loi : soit qu'elle ait cessé de répondre à l'un des trois critères prévus par l'article 72, soit qu'elle n'ait jamais eu recours à l'un des trois procédés définis par ce même texte ?

89 Le problème se pose d'abord lorsqu'une société a cessé de répondre à l'un des trois critères prévus par l'article 72 . Par exemple , les titres d'une société , un moment cotés, ont pu faire l'objet d'une mesure de radiation. La question s'est précisément posée à propos de la décision de la C.O.B. du 18.2.1969 de radier de la cote à dater du 31.3.1969, les actions de 192 sociétés commerciales (2). S'ensuivait-il que ces sociétés devaient être regardées comme ne faisant plus publiquement appel à l'épargne ! Une telle solution risquait d'avoir des conséquences fâcheuses car l'absence de cotation dispense de tout ou partie de l'information - donc de la protection - que la loi et le décret accordent aux seuls actionnaires des sociétés sollicitant publiquement l'épargne (3). Elle se serait inscrite à contre-courant de la préoccupation constante du législateur depuis 1935 d'étendre l'information (4). La conclusion aurait été de surcroît beaucoup trop hâtive. De ce qu'une société a pendant un temps fait publiquement appel à l'épargne, il en découle que ses titres sont censés être disséminés dans le public.

(1) Note de la C.O.B. du 10.10.1969, Bull. n° 32 p. 5.

(2) Décision n° 69.152 publiée à la cote officielle des agents de change le 31.3.1969.

(3) Loi : art. 74 à 83, 84 à 88, 223, 281, 432, 443, 446, 450, 483, 484, 495 et 499. Décret : art. 58 à 76, 124, 129, 130, 156, 159 à 161, 208, 290, 292, 294, 296, 297 et 304. Rép. Min. n° 5207, J.O. déb. A.N. 24.6.1969 R.T.D.Com. 1969-509 n° 2, obs. Houin. Rép. Min. n° 6999 J.O. déb. A.N. 17.9.1969 p. 2290, J.C.P. 1969 - 4 - 291.

(4) Rapport fait au président de la République lors de la promulgation du D.L. 30.10.1935, J.O. 31.10.1935.

Un avis du Ministre de l'économie et des finances s'est rangé à cet argument. La radiation n'a pas pour effet de dispenser la société de l'application de l'ensemble des dispositions qui régissent les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne car l'inscription à la cote laissait présumer une diffusion des titres et la décision des autorités boursières ne saurait changer cette situation (1). Seulement, la présomption n'a plus désormais la même force. Elle perd son caractère irréfragable. Il incombe à la société d'apporter la preuve que la dispersion de ses titres dans le public a cessé (2). A cet effet, certains auteurs ont été jusqu'à proposer un système d'application assez simple : une société cesserait d'être réputée solliciter publiquement l'épargne au cas où chaque catégorie de titres serait réunie entre les mains d'un nombre de titulaires n'excédant pas 1500 (3).

90

En second lieu, il est permis de s'interroger sur l'existence de la notion d'appel public à l'épargne quand la société n'a jamais eu recours à l'un des procédés mentionnés par l'article 72 de la loi de 1966.

La réponse doit être négative si l'on estime que le texte édicte non pas une présomption légale mais une véritable règle légale fondée sur une présomption, c'est-à-dire une règle de fond dans laquelle l'idée de probabilité constitue simplement un motif. La disposition de l'article 72 se présenterait comme étant la définition même des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, hors des termes de laquelle il ne saurait être question d'envisager cette qualification. En vérité, il semble que la présomption ne serve pas uniquement de motif à la règle, mais en soit l'objet. S'agissant de présomptions, la loi retient toujours deux faits, le "factum probans" et le "factum probandum" (4). Or, dans le cas de l'article 72, on retrouve cette dualité : le recours à l'un des procédés visés par le texte étant le "factum probans", et l'appel public à l'épargne le "factum probandum".

(1) Houin préc. ; Hémard, Terré, Mabilat, tome 1 n° 589. La radiation n'en est pas moins de nature à entraîner certaines conséquences quant à l'information parce que plusieurs dispositions du décret du 23.3.1967 visent expressément : "toute société dont les actions sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeurs". Art. 294 à 299, décret 67.236.

(2) Note C.O.B. préc. p. 18. Contra : M. du Pontavice, "Le statut de société faisant publiquement appel à l'épargne s'acquiert, il ne se perd point". Bull. de liaison de la fédération des associations de commissaires de sociétés inscrits par les Cours d'appel, n° 13 p. 15.

(3) Hémard, Terré, Mabilat, préc., n° 589.

(4) Decottignies, Les présomptions en droit privé, thèse, 1950, n° 22 p. 45.

On peut donc admettre que le point de savoir si, en pareille circonstance, la société fait ou non publiquement appel à l'épargne devient une question de pur fait dont la preuve peut être rapportée. Par exemple, une banque a pris ferme les titres d'une société : leur écoulement ultérieur dans le public pourra être démontré. La démarche inverse n'a-t-elle pas d'ailleurs pour résultat d'établir que la société s'est refermée ! (1). Une solution assez sévère a été retenue par un arrêt du 14.2.1940 de la Cour d'appel de Nancy (2). Les circonstances de fait étaient les suivantes : une société anonyme s'était constituée entre fondateurs et à l'occasion de deux augmentations de capital les actions nouvelles avaient été réservées aux seuls actionnaires. La Cour jugea néanmoins que la société faisait appel au public du seul fait que le droit préférentiel de souscription, comme du reste les actions elles-mêmes, étaient librement négociables. Un tel raisonnement est manifestement excessif. L'ordre public postule que l'actionnaire ne demeure pas prisonnier de son titre. La Cour de cassation ne manque jamais de rappeler que le principe de la négociabilité de l'action est de l'essence de la société anonyme (3). Ensuite, on ne saurait se contenter d'une éventualité. En l'espèce, il aurait fallu démontrer que les actions avaient échappé à l'emprise de leurs titulaires originaires.

91 § 2. Les instruments de la publicité diffusée dans le public.

L'organisation des instruments de la publicité diffusée dans le public épouse la distinction fondamentale qu'opère l'appel public à l'épargne. Au régime de droit commun applicable à toutes les sociétés, viennent s'ajouter des obligations spécifiques aux sociétés sollicitant publiquement l'épargne. A des instruments de publicité concernant toutes les sociétés s'en superposent d'autres correspondant aux besoins particuliers des "sociétés ouvertes", où la publicité se fait plus impérieuse. En effet, les actionnaires et les créanciers ne sont plus les seuls intéressés par l'information. Les épargnants se joignent à eux et l'intérêt général commande que la publicité oriente les crédits au mieux vers des investissements industriels ou commerciaux.

(1) Note C.O.B. préc. p. 17

(2) *Fréc. n° 84.*

(3) Voir par exemple : Com. 22.10.1969, J.C.P. 1970-2-16197, note Paillusseau.

Cette forme de publicité est également prévue par la directive européenne du 9.3.1968 : tous les actes et toutes les indications soumis à publicité doivent, outre leur dépôt au dossier ou leur transcription au registre, faire l'objet d'une publication dans un bulletin unique publié dans chaque Etat membre. Cette dernière mesure a une grande importance dans le système établi par la directive car certains effets juridiques particulièrement importants y sont attachés (1).

Les publications prescrites ne s'imposent que pour les mentions et informations énumérées dans la directive. Toutefois, des renseignements supplémentaires peuvent toujours être publiés de la manière prévue par chaque législation nationale. En particulier, rien n'empêche de recourir en outre à des insertions dans d'autres journaux que le bulletin officiel national. Pareillement, les Etats membres demeurent libres de déterminer si la publication dans le journal doit avoir lieu intégralement, par extraits ou par mention (2). La proposition de quatrième directive tend pourtant à restreindre ce dernier principe : d'après l'article 44 § 2, les comptes annuels de la société anonyme et de la société en commandite par actions ainsi que le rapport établi par la personne chargée du contrôle des comptes devraient faire l'objet d'une publication intégrale dans le bulletin national.

Afin de parachever la publicité réalisée par diffusion dans le public, le droit français et le droit européen ne se contentent pas des journaux. Ils se préoccupent de donner individuellement à toute personne qui entre en relations avec une société pour devenir créancière ou souscripteur une information immédiate qui lui permette d'ailleurs de se reporter à une publicité plus complète.

A/ Les instruments concernant toutes les sociétés.

Il s'agit, d'une part, de la publicité par voie de journaux, et d'autre part de la publicité par le moyen de la correspondance et des papiers commerciaux.

(1) Art. Sinay préc., n° 82, p. 156.

(2) Art. 3 § 4 in fine.

I - La publicité par voie de journaux.

Alors que trois pays européens centrent leur publicité sur le registre du commerce - Allemagne, Italie, France - trois autres ont un régime de publicité où la première place est faite à la publication dans un journal officiel - Belgique, Luxembourg et Pays Bas - (1). Une telle publication permet à chacun de consulter aisément le texte complet des actes reproduits dans le journal. En Belgique et au Luxembourg, la collection des annexes du Moniteur ou du Mémorial se trouve dans de nombreuses bibliothèques et dans les greffes des tribunaux. Ce système présente en revanche pour principal inconvénient de disperser l'information. Vouloir retracer l'historique d'événements concernant une société contraint à des recherches fastidieuses.

a) Le B.O.D.A.C.

Le bulletin national désigné par chaque Etat membre de la Communauté européenne que prescrit l'article 3 § 4 de la directive est en France le bulletin officiel des annonces commerciales - en abrégé le B.O.D.A.C. -. Il a succédé à dater du 1.4.1967 au bulletin officiel du registre du commerce - en abrégé le B.O.R.C. - qui avant le décret du 1.3.1962 supprimant le registre des métiers s'appelait le bulletin officiel du registre du commerce et du registre des métiers - en abrégé le B.O.R.C.R.M. -. Le B.O.D.A.C. est réglementé par le décret n° 67.238 du 23.3.1967 dont les quatorze articles le définissent comme un bulletin annexe au journal officiel. Il paraît tous les jours sauf le dimanche.

Les insertions au B.O.D.A.C. sont classées en deux parties : la première comprend les ventes et cessions de fonds de commerce, les créations d'entreprises, les modifications et mutations diverses relatives aux sociétés commerciales, aux groupements d'intérêt économique et aux établissements secondaires ou permanents, ainsi que les radiations ; la seconde est exclusivement consacrée aux règlements judiciaires et aux liquidations des biens.

A l'intérieur de chacune de ces parties, les insertions sont classées sous un numéro d'ordre utilisé pour l'établissement du répertoire alphabétique du B.O.D.A.C. qui est annexé à chaque numéro.

(1) Van Omneslaghe préc. p. 524.

Elles y sont groupées par greffe de tribunal de commerce ou de tribunal de grande instance, en commençant par celui de Paris (1).

95

L'initiative de la formalité incombe au greffier chargé de la tenue du registre du commerce (2). Il dispose à cette fin d'un délai de huit jours après réception des actes, pièces et déclarations soumis à cette publication (3). En soi, ce mode de transmission du greffe au B.O. D.A.C. semble de nature à garantir une parfaite coordination entre les deux instruments. En cela, la réglementation française avait répondu par avance à l'invitation de la directive conviant "les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour éviter toute discordance entre la teneur de la publication dans la presse et celle du registre ou du dossier". Cependant, le risque ne peut être totalement éliminé et il a fallu régler les conséquences d'une discordance possible entre le texte enregistré ou déposé et l'avis publié dans le bulletin officiel (4).

A cette discordance accidentelle pouvant apparaître du fait d'un mauvais fonctionnement des instruments de publicité, il faut regretter que le droit français en ait ajouté une autre provenant d'une harmonisation imparfaite des insertions faites respectivement au B.O.D.A.C. et au registre du commerce. Alors que selon l'article 3 § 4 de la directive "tous actes et indications" soumis à la publicité au registre du commerce, que ce soit par simple dépôt au dossier ou par inscription, devraient être publiés aussi au B.O.D.A.C., cette publication n'a lieu que pour les inscriptions au registre et non pour les simples dépôts d'actes sans inscription. En vertu du renvoi qu'opère le décret n° 67.238 aux dispositions du décret n° 67.237 sur le registre du commerce, les cas de publication sont

-
- (1) Le tarif des insertions a été fixé par le décret n° 74.365 du 2.5.1974 modifiant le tarif des insertions au B.O.D.A.C. Pour les acquisitions de fonds, apports en société, création d'établissements, prise de fonds en location gérance : 110 francs ; les radiations : 37 francs ; les immatriculations ayant déjà donné lieu à la publication d'un avis provisoire : 92 francs ; les immatriculations faisant suite à la caducité d'une insertion précédente : 110 francs. Jugements de règlement judiciaire, liquidation des biens... : 13 francs ; liste des commissaires aux comptes de sociétés : la ligne, 11 francs.
- Les tarifs d'insertions prévus s'appliquent, en principe, à des annonces de dix lignes ; toutefois, ils ne sont pas modifiés jusqu'à vingt lignes, mais, à partir de la vingt et unième, toute ligne supplémentaire est facturée au prix de 11 francs.
- Quant au tarif des annonces, dont la publication est prévue au B.O.D.A.C., mais qui ne relèvent pas de la réglementation sur le registre du commerce, est fixé forfaitairement à 83 francs pour un maximum de sept lignes. Au-dessus, le prix de chaque ligne supplémentaire est de 11 francs
- (2) Art. 3 décret n° 67.238 du 23.3.1967.
- (3) Art. 10 et 13 décret n° 75-1236 du 24.12.1975
- (4) Voir infra n° 487

les suivants : l'avis d'immatriculation (1), la modification d'une des mentions de l'avis (2) et l'avis de radiation (3). Ces textes laissent hors de leur champ d'application les modifications statutaires qui ne portant pas les mentions sujettes à inscription en vertu de l'article 33, sont pourtant soumises à dépôt en vertu de l'article 58 alinéa 1 du décret. Donc, la formalité de dépôt est plus vaste que la formalité de publication puisqu'elle englobe toutes les modifications statutaires et non plus seulement celles modifiant les articles des statuts qui doivent être insérés (4). Il en va pareillement - hormis pour les sociétés cotées - des comptes sociaux à déposer au greffe par les sociétés par actions en vertu de l'article 293 du décret n° 67.236. Mais dans ce dernier cas, le défaut d'harmonisation revêt actuellement peu d'importance. En effet, l'article 3 § 4 de la directive se contente, le cas échéant, d'une simple mention signalant le dépôt du document au dossier. S'agissant du rappel d'une obligation légale, une telle référence apparaît superfétatoire. Depuis la proposition de quatrième directive, les perspectives apparaissent pourtant moins favorables puisqu'elle prévoit la publication intégrale des comptes : l'entrée en vigueur de cette disposition obligerait à réformer le droit français (5).

Par ailleurs, l'expérience révèle une fréquente inobservation des délais impartis aux greffiers. Certains d'entre eux avouent qu'ils agissent ainsi délibérément afin de privilégier la communication au greffe. Cette constatation ne fait que corroborer l'observation qui peut être faite à propos de l'étude de la publicité réalisée au registre national du commerce. Les greffiers redoutent moins la concurrence résultant de la consultation directe du registre national ou du B.O.D.A.C., que l'exploitation qui en est faite par des organismes privés qui revendent les renseignements collectés. Cette pratique est regrettable. Tout retard prive la formalité d'une bonne partie de son utilité et risque à terme de décourager les bénéficiaires de l'information.

La publicité au B.O.D.A.C. parachève le système élaboré par le droit communautaire. Celui-ci n'édicte aucune autre obligation mais rien n'interdit aux Etats membres d'aller au-delà et d'imposer, par exemple, des publications supplémentaires dans des journaux : les journaux d'annonces

(1) Art. 13 décret 67.237.

(2) Art. 33 al. 2 du même décret.

(3) Art. 40 du même décret

(4) Hémard, Terré, Mabilat, La réforme de la réforme des sociétés commerciales, suite... D. 1970-47.

(5) Voir supra n° 9).

légales, en France. Au surplus, on ne peut empêcher que la presse générale ou spécialisée consacre des articles à la vie économique et financière, et donc, à la vie des sociétés. Inéluctable, cette information ne doit pas toutefois recéler d'abus.

96

b) Les journaux d'annonces légales.

Outre leur identité de nature, les journaux d'annonces légales présentent ce point commun avec le B.O.D.A.C. que toutes les sociétés y sont assujetties : des insertions doivent y être faites au moment de la constitution ou périodiquement au cours de la vie sociale. En revanche, alors que le B.O.D.A.C. est un bulletin unique pour toute la France, les journaux d'annonces légales contrastent par leur diversité et leur caractère local ; et tandis que celui-là diffuse les informations contenues au registre du commerce, ceux-ci n'en publient qu'une partie mais en ajoutent d'autres que le registre ignore.

La diversité aurait été assurément un gage d'efficacité si elle avait signifié que chaque information serait insérée simultanément dans tous les journaux d'annonces légales ; c'était irréalisable car c'eût été vouloir transformer chaque journal d'annonces légales en un bulletin national. Force fut donc d'admettre une parcellisation de l'information avec tous les inconvénients qu'elle comporte pour l'utilisateur (1).

97

Ces défauts ressortent davantage quand est envisagé le mode de détermination des journaux habilités à recevoir les annonces légales ainsi que la latitude dont disposent les sociétés dans leur choix (2).

Parmi les différentes combinaisons imaginées pour déterminer les organes qui auraient la faculté de publier les annonces légales, il a été proposé d'instaurer le principe de liberté d'option. Tous les journaux auraient été habilités pour les recevoir et les sociétés auraient librement désigné la publication de leur choix en tenant compte de la nature de l'insertion et de leurs intérêts particuliers. Séduisant par sa simplicité, ce régime aurait vite convaincu par ses résultats de son impuissance à assurer efficacement la publicité. Dire que l'intérêt personnel des

(1) "Les inconvénients résultant de la multiplicité des journaux d'annonces légales sont assez connus pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister sur le faible intérêt que représente cette publication". R. De La Hay R.T.D.Com. 1960 p. 61

(2) Thèse Dorly préc. p. 121 et s.

parties est le guide le plus sagace de leur choix parce qu'elles savent bien trouver le journal dispensant la publicité la plus large, c'est vouloir ignorer que la publicité n'est pas toujours ordonnée au profit exclusif de celui qui doit y procéder ; souvent même, elle va à son rencontre. En matière commerciale, ni les fondateurs ni les administrateurs n'ont constamment avantage à conférer une large audience aux actes visés par la loi. Ce sont les actionnaires ou les obligataires.... que les annonces doivent avertir ; ce sont eux que la publicité veut protéger et auxquels il s'agit de garantir une véritable information. Or, dans les cas où l'étendue de la publicité aurait peu importé aux personnes chargées d'effectuer les insertions, leur choix aurait été arrêté en considération du prix demandé qui est d'autant plus faible que le tirage est moins important. A fortiori, dans les hypothèses où la diffusion aurait été directement à l'encontre des intérêts de la société, les préférences de celle-ci se seraient certainement établies en faveur d'une publicité apparente et trompeuse plutôt que réelle et loyale. Entre une publication fort répandue et une autre dépourvue d'abonnés, les sociétés auraient pu abuser de la liberté qui leur aurait été abandonnée pour cacher leurs insertions dans les colonnes de journaux sans lecteurs. Les formalités légales auraient ainsi été observées et la lettre de la loi respectée mais son esprit aurait été méconnu et son voeu trahi parce qu'alors l'information n'aurait pas été assurée.

Pour limiter les inconvénients inhérents au système de la liberté absolue, il fut alors proposé divers palliatifs : soit restreindre le choix des parties aux journaux quotidiens (1), soit assujettir le journal élu à l'obligation de faire reproduire un extrait de l'annonce dans les autres publications de l'arrondissement ou du département (2). On s'acheminait vers la solution actuelle selon laquelle seuls les journaux satisfaisant à certaines conditions de notoriété peuvent recevoir les annonces légales.

les insertions sont reçues "dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social". Chaque année, ces journaux sont désignés par arrêté du préfet conformément à la loi du 4.1.1955

(1) Thèse Dorly préc. p. 131

(2) Thèse Dorly préc. p. 136

relative aux annonces judiciaires et légales. En toute hypothèse, que la société exploite ou n'exploite pas de succursales dans un arrondissement autre que celui du siège social, une seule insertion est faite.

Trois conditions objectives caractérisent la notoriété de la publication (1) : la parution depuis plus de six mois au moins une fois par semaine ; la publication dans le département d'une édition au moins hebdomadaire ; la justification d'une diffusion atteignant le minimum fixé par décret en fonction de l'importance de la population du département ou de ses arrondissements (2). Les journaux et publications doivent s'engager à publier les annonces judiciaires et légales en respectant le tarif fixé par l'arrêté. L'insertion doit être faite dans tous les exemplaires du même journal parus dans la journée. Pour les journaux à fort tirage qui ont de nombreuses éditions successives, une édition spéciale à un département doit contenir la publication dans tous ses numéros parus à la même date.

La société assujettie à la publicité légale a en principe la liberté de choix entre les publications habilitées. Aucun texte ne l'oblige à déclarer celle qu'elle a choisie. Elle peut donc en changer périodiquement, laissant la vigilance de ceux qui auraient eu l'intention de suivre les annonces faites. Ce n'est qu'exceptionnellement que ce choix n'est pas libre : au moment de la liquidation de la société, l'avis de clôture des opérations doit être inséré dans le journal qui a publié l'avis de nomination des liquidateurs (3). La solution est judicieuse. Il faut regretter qu'elle n'ait pas été généralisée.

99

Cet instrument de publicité accumule donc des défauts lui conférant une faible portée car les sociétés qui veulent que leurs publications passent inaperçues n'éprouvent aucune peine à atteindre ce but. Nombreux restent les journaux d'annonces légales qui ne sont parcourus que par des spécialistes et qui bien souvent les reçoivent sans pour cela les consulter (4). Ils n'offrent absolument aucune garantie que les tiers aient eu effectivement connaissance des mentions insérées. Recevraient-ils ces

(1) Art. 2 loi 4.1.1955.

(2) Le décret n° 55-1650 relatif aux annonces judiciaires et légales a fixé le minimum de diffusion de 900 à 6000 selon le département. J.O. 18.12. 1955. Récemment, le décret n° 75.1094 du 26.11.1975 vient de préciser que cette diffusion doit correspondre à une vente effective par abonnements, dépositaires ou vendeurs. J.C.P. 1975 - 43563.

(3) Art. 290 décret 67.236.

(4) Thèse Barthas préc., p. 77 ; thèse Clausen préc. p. 21

journaux, que les tiers seraient encore incapables d'utiliser cette information. Lorsqu'arriverait pour eux le moment d'être renseignés sur telle société avec laquelle ils devraient contracter, ils se souviendraient peut-être d'une insertion aperçue dans un journal qui ne serait plus depuis longtemps en leur possession et ils auraient alors recours à la publicité régalisée au registre du commerce.

En définitive, c'est une publicité dispersée, fuyante donc inefficace sauf à attendre seulement de l'insertion qu' "elle ébruite le fait publié, qu'elle le lance, qu'ensuite par la conversation il passe de bouche à oreille et devienne notoire ..." (1). La dissémination de l'information serait alors un avantage et la publicité n'en serait que plus efficace... mais, cet espoir est vain et les exigences de l'information ne sauraient s'en satisfaire.

Le caractère illusoire que revêt ce mode de publicité fut d'ailleurs le motif de sa suppression en Allemagne(2). Instrument de publicité complémentaire et sans portée réelle, il aurait dû en être pareillement en France. Son inadaptation apparaît d'autant plus manifeste actuellement que les sociétés établissent des relations qui dépassent le cadre étroit où se circonscrit l'influence des journaux d'annonces légales. On ne peut poser comme postulat que les annonces légales sont lues par tous ; ce qui est vrai à l'échelon national est encore plus exact pour les relations internationales.

(1) Déclaration de M. Duvergier au Corps législatif, Moniteur du 14.6.1867 : "Il ne faut pas supposer que ce soit par la lecture que fait individuellement chaque personne intéressée à connaître l'existence d'une société que la notoriété est acquise à l'acte constitutif. A ce compte là, il y aurait bien peu de sociétés connues du public ; car certainement, je ne crois pas que même les négociants les plus intéressés à connaître la constitution des différentes sociétés passent leur temps à feuilleter les journaux désignés pour les annonces légales. Comment la publicité résulte-t-elle de l'insertion dans les journaux ? Il suffit qu'un seul individu, ou qu'un très petit nombre d'individus prennent connaissance des insertions faites dans un journal pour que tout de suite la publicité qu'on doit chercher soit acquise... quand une insertion a été faite dans un journal, aussitôt tout le monde en est informé, non pas parce que tout le monde l'a lue, mais parce que de bouche en bouche on répète qu'une société a été formée. L'expérience de chaque jour démontre que c'est ainsi que se fait la publicité".

(2) La réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne, par Jürgen Einmahl. R.T.D.Com. 1968 p. 563.

Tel est l'avis exprimé par Messieurs Hémard, Terré et Mabilat (1) : "Son intérêt est relativement négligeable et il s'explique sans doute par le souci de ne pas retirer aux journaux locaux le bénéfice des annonces légales de sociétés". Mais les journaux ne sont que l'instrument des annonces et celles-ci ne sont pas faites pour eux. Peu importe donc que les intérêts commerciaux des entreprises de presse soient froissés. En 1966, pourtant, les scrupules du législateur empêchèrent la suppression de ce type de publicité. Deux ans plus tard, le décret du 2.2.1968 relatif aux groupements d'intérêt économique fit preuve de plus de réalisme. La constitution de ces personnes morales ne suppose pas une insertion dans un journal d'annonces légales, mais seulement une publication au B.O.D.A.C.. La généralisation d'une semblable solution serait souhaitable à moins de renforcer singulièrement les conditions de l'habilitation des journaux d'annonces légales dans le sens d'une plus grande diffusion.

100 c) Le rôle de la presse en général.

Si la presse a échoué dans son rôle de transmission des annonces légales, elle a par contre un rôle particulièrement important qui s'est développé en marge des prévisions de la loi. La presse d'information générale et la presse financière émettent constamment des informations et études sur la vie des sociétés.

Pendant longtemps, la presse financière eut mauvaise réputation. Par les conseils qu'elle donnait sous l'apparence d'une objectivité absolue et d'un désintéressement total, elle favorisa parfois certaines opérations douteuses et contribua à ruiner l'épargne (2). Ces circonstances entraînèrent sa déconsidération et son déclin.

Aujourd'hui, la volonté d'aborder l'information sur un plan technique a amené un grand assainissement. Au tuyau sensationnel se substitue l'analyse raisonnée de la valeur des titres.

101 La presse accomplit à l'égard de l'information sur les sociétés une double fonction : elle peut se contenter de transmettre

(1) La réforme des sociétés commerciales préc.

(2) J. Tchernoff, Traité de droit pénal financier, préc. tome 2, n° 62 p. 119 ; thèse Heurteux préc. p. 74 n° 122.

l'information ou elle peut l'élaborer (1).

Dans sa première fonction, la presse est un moyen de transmission mis à la disposition des sociétés. Dans certains cas, la presse peut être totalement neutre sans autre initiative que de mettre à la disposition des sociétés un espace dans ses colonnes, sans avoir d'autre action à leur égard que d'accepter ou de refuser les textes qu'elles lui présentent. Dans d'autres cas, la presse accorde son concours pour mettre en forme les matériaux apportés par les sociétés afin que leurs communications soient rédigées agréablement et intéressent les lecteurs.

Dans sa seconde fonction d'élaboration de l'information, il entre dans sa mission de porter à la connaissance du public, sous sa propre responsabilité, non seulement les faits que les sociétés n'auraient pas pris l'initiative de divulguer, mais encore ce qui, dans l'information légale, est susceptible d'intéresser le lecteur compte tenu de ses connaissances et de ses préoccupations. Ce rôle de création doit s'exercer moins en donnant du retentissement à des indiscrétions qu'en réalisant la synthèse d'éléments qui se trouvent relatés ailleurs sous des formes complexes ou dans des sources multiples difficiles à atteindre. Cette fonction essentielle aide l'actionnaire ou le tiers à discerner dans la masse des informations fournies celles qui ont le plus d'importance et leur en facilite donc l'analyse.

102

En conséquence, ce que publie un organe de presse sur des sociétés a deux origines : la société ou la rédaction. Il est fondamental pour une bonne information des lecteurs, de leur indiquer clairement l'origine de chaque information publiée : ce qui provient de la première et ce qui est l'oeuvre de la seconde. Le principe avait déjà été exprimé, sous une forme plus générale, par l'article 12 de l'ordonnance du 26.8.1944 : "Tout article de publicité rédactionnelle doit être précédé de l'indication publicité, sous peine de sanctions pénales...". La C.O.B. s'efforce de le rappeler : il est nécessaire que la rubrique dans laquelle sont imprimées les publications demandées par les sociétés soit signalée par une indication dépourvue d'équivoque tel que "communiqué" ou "informations publiées à la demande des sociétés".

(1) Brochure C.O.B., décembre 1971, La presse écrite et l'information sur les entreprises ; Bulletin mensuel C.O.B. n° 41 - septembre 1972.

De sa propre initiative et à la demande des sociétés, la presse contribue normalement à l'information. Il importe toutefois de mentionner l'existence en matière financière de contrats dont l'objet consiste à rémunérer non plus une information, mais au contraire le silence gardé (1). Le journal renonce à son droit de critique, et pour masquer la rémunération qui lui est payée ou qu'il réclame par des moyens de pression, il accepte de faire passer des avis et des communiqués, même sans les accompagner de commentaires. La publication de quelques avis et communiqués ne constitue qu'une clause accessoire, le véritable contrat étant un contrat de silence et de non-publicité. Il s'agit là d'une obligation de ne pas faire (2).

La C.O.B. , dans le but d'établir des rapports sans ambiguïté entre les sociétés et la presse, s'est encore appuyée sur l'article 12 de l'ordonnance du 26.8.1944 qui exige que tout organe de presse ait un tarif officiel à la disposition des annonceurs pour rappeler le principe de clarté des coûts. Cela permet à chacun de rapporter un service à son prix et de découvrir d'éventuels abus.

Le tarif doit distinguer : la fourniture d'espace, laquelle est normalement proportionnelle à la surface quelle que soit la diversité des prix proposés en fonction de l'emplacement ; et la rémunération des services que le journal peut rendre pour la mise en forme de l'information. La C.O.B. affirme que le montant de ces tarifs est une question purement commerciale dans laquelle elle n'a pas à intervenir. En revanche, leur structure l'intéresse, car la loi impose qu'ils reçoivent une application stricte sans rabais ni surcharges.

Cependant , le tarif appliqué aux informations courantes est tourné par le système de l'abonnement annuel. Au lieu de correspondre à un service bien précis comme c'est le cas pour les lecteurs qui peuvent relier le coût d'achat au numéro avec le prix qu'ils paient s'ils préfèrent s'abonner, l'abonnement de publicité financière couvre un service assez flou et représente une sorte de forfait grâce auquel la société peut faire insérer des publications occupant des surfaces très variables. En outre, le

-
- (1) Thèse Heurteux préc. p. 75 note 2 ; Tchernoff préc. n° 42 p. 85
 (2) La presse financière : son histoire, ses histoires, comment ils vivent et font vivre, ce qu'ils disent et ce qu'ils taisent. Article publié dans la revue : L'écho de la presse et de la publicité, numéro du 15.9.1957 p. 23.

tarif relatif aux opérations financières est souvent établi proportionnellement au montant de celles-ci de telle sorte qu'il se révélerait prohibitif pour les émetteurs les plus importants si des réductions n'étaient pas consenties en leur faveur.

Prévoyant que le maintien de cette situation comportait un risque, la C.O.B. a signalé au syndicat de la presse économique et financière qu'il lui paraissait opportun d'y remédier (1). Notamment, l'abonnement doit être défini avec précision et il convient de chiffrer l'écart qu'il autorise par rapport au prix à la surface. Quant au tarif prévu pour les émissions, il importe, tant qu'il restera calculé d'après le montant des opérations, de le moduler davantage pour qu'il puisse toujours recevoir application sans négociation particulière. Une solution fort simple consisterait à l'aménager de façon dégressive.

105

La presse générale ou spécialisée a une très grande utilité. Elle constitue entre les sociétés et l'épargne un relais d'information d'autant plus nécessaire que la prédominance de titres au porteur ne permet pas à toutes les sociétés de connaître leurs actionnaires. Par ailleurs, compte tenu de l'insuffisante formation économique et financière de la majorité des Français (2), des intermédiaires sont indispensables pour interpréter et expliquer les renseignements disponibles.

En même temps, la presse exerce un contrôle de l'information. Par les révélations qu'elle peut être amenée à faire, par l'indépendance qu'elle peut manifester à l'égard des sociétés, elle contribue à donner toute sa portée à l'information. Un juriste anglo-saxon estime même que les commentaires de presse "constituent peut-être la protection la plus puissante accordée aux épargnants et, dans une moindre mesure, aux créanciers" (3). Elle s'érige en une force de contrôle de même qu'en démocratie politique elle est considérée comme un quatrième pouvoir.

106

II - Publicité par le moyen de la correspondance et des papiers commerciaux.

La publicité dynamique concernant toutes les sociétés ne se réalise pas uniquement par des publications mais se manifeste encore

(1) Rapport annuel 1972.

(2) Thèse Heurteux, préc. p. 26

(3) Mr le professeur Gower, The principles of Modern Company Law, 3^e éd. 1969 p. 453-454 ; cité par Tunc, Droit anglais des sociétés anonymes, préc. p. 173.

par la mention de certains renseignements dans la correspondance et les papiers commerciaux. Il s'agit d'un moyen commode de faire connaître les caractéristiques essentielles de la société aux personnes qui entrent en relations avec elle par l'utilisation en tant que support des documents sociaux qui leur sont destinés.

Reprenant la réglementation antérieure, l'article 56 du décret n° 67.236 relatif aux sociétés commerciales, prescrit d'indiquer la "dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots société anonyme ou des initiales S.A. ou, le cas échéant, des mots société en commandite par actions, et de l'énonciation du montant du capital social" sur tous les documents émanant de la société et destinés aux tiers notamment sur les lettres, factures, annonces et publications diverses (1). Par ailleurs, l'article 74 du décret n° 67.237 réglementant le registre du commerce commande de laisser figurer en tête des "factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que sur toutes correspondances et récépissés concernant son activité et signées par elle (la société) ou en son nom, (l'indication du) siège du tribunal au greffe duquel elle est immatriculée à titre principal et le numéro d'immatriculation qu'elle a reçu".

Ces mentions ont une utilité pratique évidente. Elles permettent aux intéressés de s'adresser immédiatement au greffe compétent pour obtenir des renseignements plus complets. Du reste, l'article 4 de la première directive européenne du 9.3.1968 en a rappelé l'exigence : il faut que soient indiqués le registre auprès duquel est ouvert le dossier et le numéro d'immatriculation de la société dans ce registre ainsi que le lieu de son siège social. Toute personne a par là même la faculté de se reporter à la publicité permanente.

Le droit français va d'ailleurs au-delà des prescriptions communautaires. Ses dispositions s'appliquent non seulement aux lettres

- (1) Dans la mesure où peuvent être émises des obligations convertibles à tout moment, ce qui entraîne de fréquentes augmentations de capital, on a pensé qu'il était impossible de maintenir en pareil cas dans toute sa rigueur l'exigence légale sauf à contraindre trop souvent les sociétés émettrices à procéder à des rectifications des indications contenues dans les actes et documents destinés aux tiers. D'où la règle énoncée par l'article 56 alinéa 3 du décret n° 67.236, dans sa rédaction modifiée par le décret n° 69.1226 du 24.12.1969 : "Sauf si l'augmentation dépasse 10 % du montant antérieur du capital, la société n'est tenue de mentionner le nouveau montant du capital social sur les actes et documents visés à l'alinéa 1 qu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la constatation prévue à l'article 196.1 alinéa 5 (de la loi de 1966)...". Cette constatation est faite soit à toute époque, pour l'exercice en cours, soit dans le mois qui suit la clôture de chaque exercice, pour l'exercice écoulé.

et notes de commande, mais plus généralement à tous "actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers notamment lettres, factures, annonces et publications diverses" (1), et encore aux "notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que correspondance concernant son activité et signés par elle ou en son nom" (2). Ce faisant, la législation actuelle a le mérite de mettre un terme aux distinctions qui avaient lieu antérieurement à la réforme. Dans les sociétés par actions, l'exigence légale ne s'étendait auparavant qu'aux documents imprimés ou autographiés mais non aux documents manuscrits (3) ni aux journaux ou revues publiés par la société (4).

108 B/ Les instruments de publicité spécifiques aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

Il s'agit du B.A.L.O. et des notes d'information.

109 I - Le B.A.L.O.

La loi du 30.1.1907 avait en son article 3 confié à un décret le soin de déterminer la forme d'un bulletin annexe au journal officiel chargé de publier des avis lors des appels publics à l'épargne. Ce décret est intervenu le 27.2.1907 et a été modifié par la suite, notamment par le décret du 3.12.1912 qui a donné au bulletin le titre qu'il porte encore maintenant : Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières.

Y recourent toutes les sociétés par actions faisant publiquement appel à l'épargne. Une seule exception : les filiales des sociétés normalement assujetties doivent publier dans les mêmes conditions que les sociétés mères leur bilan accompagné de ses annexes lorsque leur bilan dépasse 10 millions de francs ou que la valeur d'inventaire ou la valeur boursière de leur portefeuille excède 1 million de francs, et que 50% au moins de leur capital appartient à une ou plusieurs sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeurs et dont le bilan dépasse 10 millions de francs (5).

(1) Art. 56 décret 67.236.

(2) Art. 74 décret 67.237.

(3) En ce qui concerne les effets de commerce et les actes de procédure : T.C. Seine 31.8.1926 D. 1927-2-112.

(4) Paris 2.4.1896 J. Soc. 1896 - 351.

(5) Art. 298 décret n° 67.236.

Hormis ce cas particulier , les sociétés assujetties à publier au B.A.L.O. doivent y faire figurer des indications concernant leur constitution, la convocation de leurs assemblées, les décisions modifiant le pacte social. En outre, depuis l'ordonnance du 4.2.1959 et le décret du 29.11.1965 dont les dispositions ont été reprises par le décret du 2.1.1968, les sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle et dont le bilan dépasse 10 millions sont astreintes à publier au B.A.L.O. divers documents et renseignements relatifs à leurs résultats.

Intéressant une multitude d'actionnaires et concernant l'épargne , il était compréhensible que la vie sociale de ces sociétés fût ainsi retracée dans une publication nationale. Justifiée à leur égard, une telle obligation se serait avérée excessivement lourde si elle avait été imposée à toutes les sociétés par actions. Le dualisme introduit dans le régime juridique de la société anonyme répond bien à une nécessité ; il aurait été illusoire d'assujettir la société anonyme réunissant les sept actionnaires minimum prévus par la loi au respect des mêmes formalités qui pèsent sur les sociétés qui sollicitent publiquement l'épargne.

110 Le bulletin paraît chaque semaine : le lundi et le jeudi.

Les numéros du lundi sont réservés à la publication des notices préalablement à la sollicitation de l'épargne. Les publications périodiques exigées par la loi figurent dans les numéros du jeudi . La rédaction du texte de l'insertion est laissée au choix des intéressés qui l'établissent sous leur responsabilité (1).

En principe , une nouvelle insertion s'avère nécessaire chaque fois qu'une opération intervient : émission d'actions ou d'obligations, exposition, mise en vente ou introduction de titres sur le marché. Par exemple, si une notice a été publiée en vue d'une émission sans qu'il ait été précisé que l'objet de l'insertion s'étendait à l'introduction sur le marché, l'inscription à la cote officielle de ces titres nécessite la diffusion d'un nouvel avis.

(1) Le dépôt doit être effectué à l'agence Havas, 26 rue Feydeau à Paris. Les tarifs des insertions sont actuellement fixés par le décret n° 74.364 du 2.5.1974. M. André Dalsace reproche à l'agence Havas de refuser les annonces qui n'émanent pas de la société émettrice et d'imposer l'adjonction du but de l'insertion ; revue du droit bancaire n° 9, p. 1928. Art., De quelques abus en matière de publication dans le B.A.L.O. En ce sens : Trib. civ. Seine 24.6.1936. D.1938-2-97 : "Attendu qu'il apparaît, dès lors, que l'insertion au B.A.L.O. peut être faite sans le concours et même à l'insu de la société émettrice". Les abus dénoncés ne se sont pas limités au droit d'insérer une publication sous la responsabilité de l'annonceur, Havas a prétendu intervenir dans la rédaction des textes insérés. J.C.P. 1963 - 1 - 1774.

Cependant, la direction des journaux officiels en accord avec le Ministre de l'économie et des finances, a admis que l'émission d'actions ou d'obligations, l'exposition, la mise en vente ou l'introduction sur le marché de titres d'une société qui interviendrait moins d'un an après une opération ayant donné lieu à publication au B.A.L.O. ne nécessiterait pas une nouvelle insertion complète mais seulement un additif comportant les modifications intervenues depuis lors (1).

Une solution analogue est arrêtée pour les sociétés inscrites à la cote officielle et dont le bilan dépasse dix millions . Lorsqu'elles ont à insérer une notice au B. A. L. O. , elles peuvent se référer en ce qui concerne la publication du bilan à celle qui a pu déjà être effectuée en application des textes des articles 294 et suivants du décret (2). La même règle prévaut encore en cas de publication d'une situation provisoire (3). Ces dispositions particulières ont d'ailleurs été généralisées par l'article 299 alinéa 1 du décret n° 67.236 : "Les sociétés qui, en application de dispositions législatives ou réglementaires, publient au journal officiel ou dans un journal d'annonces légales un ou plusieurs des documents visés aux articles 294, 295, 296 et 298 du décret peuvent se dispenser de les publier à nouveau, à condition d'indiquer au B.A.L.O. la référence de la publication antérieure".

111

La centralisation dans un bulletin unique a l'avantage de faciliter l'information des spécialistes que sont les journalistes financiers, les analystes, les gérants de portefeuille... Mais le présent système a l'inconvénient de confier la publication à un service administratif astreint à de nombreuses autres tâches dont certaines, qui correspondent à sa vocation initiale, telle l'impression du journal officiel, sont prioritaires. Les publications périodiques des sociétés en subissent des retards importants auxquels il conviendrait de remédier : soit en augmentant les moyens dont dispose la direction des journaux officiels ; soit en transférant la charge de la tenue du bulletin à un organisme différent (4).

(1) Rép. Min. à M. J. Denais. J.O. déb. A.N. 1.6.1950 p. 4088. Par contre, lorsqu'il y a lieu à une insertion rectificative après le délai d'une année, les annonceurs sont tenus de procéder à une publication complète.

(2) Art. 160 al. 2 décret 67.236.

(3) Art. 212 dernier al. décret 67.236.

(4) Rapp. C.O.B 1973 p. 88.

112

II - Les notes d'information.

De la même façon que toute société s'adresse aux personnes entrant en relations avec elle par les mentions qui figurent dans sa correspondance et ses papiers commerciaux, celles qui font publiquement appel à l'épargne ne disposent pas des seuls journaux comme instrument de publicité diffusée. Elles usent de moyens qui leur permettent d'atteindre directement l'épargne : la note d'information. Ce document doit être publié par les sociétés à l'occasion de tout appel public à l'épargne. Il est tenu à la disposition du public au siège social ainsi que dans tous les établissements chargés de recueillir les souscriptions et il doit être remis à tout souscripteur. Tout communiqué, affiche, annonce ou circulaire qui porte l'opération à la connaissance des épargnants, doit mentionner de façon apparente l'existence de la note d'information et indiquer les moyens de se la procurer sans frais. La note d'information représente l'ensemble de renseignements le plus complet qui soit prescrit par la loi et doit être en conséquence le document central à la disposition du public. Aucune souscription ne peut être reçue avant qu'il ait été mis à la portée des souscripteurs éventuels.

113

La diffusion des notes d'information est très importante ainsi que cela peut ressortir des rapports de la C.O.B. (1). Certaines sociétés tiennent à assurer personnellement une part importante de la diffusion envers leurs actionnaires. Ainsi, la Compagnie générale des établissements Michelin, profitant de la nominativité de ses titres, a adressé à ses 55.000 actionnaires les trois notes qu'elle a imprimées en 1970. Mais, en général, ce sont les banques qui assurent l'essentiel de la diffusion. Les chefs de file de l'opération en cause distribuent de 20

(1) Rapport annuel 1970 p. 84 et 85. Quantitativement pour des augmentations de capital, la C.O.B. a relevé les chiffres suivants : Ferodo (32.000) Châtillon Commeny (40.000) Citroën (75.000) Financière de Paris et des Pays-Bas (85.000) Machines Bull (90.000) ; pour des emprunts obligataires : B.S.N. (50.000) Ugine Kuhlmann (60.000) Caisse centrale de crédit hôtelier, commercial et industriel (120.000), Crédit foncier de France (150.000) Crédit national (160.000) ; pour l'émission d'obligations convertibles : Vallourec (32.000) Peugeot S.A. (50.000) Michelin (100.000) ; pour une introduction en bourse : Publicis (15.000), Carrefour (19.000) ; pour une offre publique d'échange : Sino/Epargne (17.000) Le Nickel/Mokta (25.000) Schlumberger/Compagnie des Compagnies (75.000).

à 25 % des exemplaires (1). Quant aux agents de change, ils reçoivent de leur Chambre syndicale des exemplaires de notes d'information puis demandent directement aux sociétés ou aux banques des contingents supplémentaires pour les opérations les intéressant particulièrement et ils en envoient à leurs plus importants clients.

114

Afin de déterminer l'impact de cette forme de publicité sur les épargnants, une enquête fut effectuée en 1971 par le Centre de recherches économiques sur l'épargne avec pour objectif de connaître les conditions dans lesquelles des notes d'information relatives à deux opérations financières étaient parvenues aux souscripteurs ainsi que l'attitude de ceux-ci à l'égard d'une telle information. Il en résulte que l'audience de la note d'information parmi les épargnants est encore assez faible. Sur les personnes interrogées, 17 % seulement avaient consulté la note relative à l'opération en cause et si 45 % avaient déjà eu l'occasion d'en consulter d'autres, 38 % ne l'avaient jamais fait (2).

Dans ces conditions, la volonté du législateur de doter tout souscripteur de l'information voulue n'est pas encore exaucée. C'est la raison pour laquelle la C.O.B. a cherché à orienter partiellement la diffusion au profit des spécialistes qui utilisent la documentation pour leurs études et leurs conseils aux épargnants : analystes financiers, banques, gérants de portefeuilles, journalistes. Cet envoi direct limité à quelque 120 exemplaires permet de toucher rapidement un public averti et influent, ce qui contribue à valoriser l'information dispensée. (3)

115

De leur côté, les sociétés s'efforcent d'atteindre le public par des moyens plus accessibles en mettant à sa disposition un

- (1) Une enquête portant sur cinq notes d'information a montré que le nombre moyen d'exemplaires adressés à leurs succursales par les plus importantes banques de dépôt avait varié suivant les établissements et suivant les opérations de 1 à 16. Chaque guichet a donc en principe toujours reçu au moins un exemplaire. Il ressort également que le total des notes qui n'ont pas été diffusées soit de l'ordre de 10 % et dans plusieurs cas ce pourcentage a pu atteindre 35 % ou même plus dans certains établissements. (Rapport C.O.B. 1970 p. 84 et 85).
- (2) Des résultats semblables ressortent du dépouillement d'une autre enquête dans laquelle la C.O.B. avait introduit deux questions relatives aux notes d'information. A l'intérieur d'un échantillon représentatif de la clientèle des banques, les personnes ayant consulté une note ne dépassaient pas 10 % et le pourcentage de celles qui s'en étaient servies pour prendre une décision de placement était encore beaucoup plus faible.
- (3) Rapp. C.O.B. 1970 p. 88.

document synthétique et moins détaillé. A cet effet, deux procédés sont utilisés : soit que la note s'accompagne d'une plaquette de quatre à six pages qui donne les caractéristiques de l'opération et des indications sommaires sur la société, son groupe et ses résultats ; soit que les dirigeants éditent et diffusent plus largement un prospectus qui fournisse sous un format réduit des renseignements analogues.

La C.O.B. a reconnu la légitimité de cette pratique. Cependant, afin que la note d'information constitue bien le document central que tout souscripteur éventuel doit pouvoir consulter, les plaquettes ou prospectus doivent mentionner explicitement son existence ainsi que les moyens de se la procurer (1). Du reste, depuis une nouvelle instruction du 11.1.1972, il est demandé aux sociétés de diffuser à côté de la note complète un abrégé destiné au grand public qui fasse état de tous les éléments susceptibles d'attirer son attention et utiles à sa décision. Le même texte prévoit également la prolongation du régime institué au début de l'année 1971 en vue de dispenser les sociétés qui ont une bonne politique d'information de l'établissement de notes exhaustives. Dans cette hypothèse, les entreprises diffusent une note dite simplifiée qui comporte les mêmes caractéristiques qu'un abrégé et qui actualise les informations connues par ailleurs (2). L'existence de cette procédure allégée doit inciter les sociétés à améliorer leur information continue pour pouvoir en bénéficier.

La coexistence de divers instruments de publicité se justifie par le nombre important de personnes à atteindre, les titres multiples auxquels elles peuvent être intéressées à une société et l'extrême variété des faits à publier. L'emploi de moyens publicitaires réduits serait inopportun car le rendement de chacun d'eux varie suivant l'usage auquel il est affecté. Certains conviennent plus spécialement à la publicité occasionnelle, c'est-à-dire à celle qui est simplement destinée à attirer l'attention sur un événement qui vient de se produire. Elle doit toucher par conséquent le ma-

(1) Instruction du 18.3.1969, rapp. C.O.B. 1970 p. 87.

(2) En 1972, 36 opérations ont bénéficié de ce régime - augmentation de capital : 8 ; emprunts obligataires : 24 ; émission d'obligations convertibles en actions : 4 - Dans dix cas, chaque émetteur s'est engagé à envoyer sans frais à toute personne qui en ferait la demande son dernier rapport annuel.

ximum de personnes mais peut ne contenir qu'un minimum d'indications. La publicité dynamique trouve là son terrain d'élection. A l'inverse, la publicité statique répond en permanence à l'attente de tout intéressé qu'anime la volonté de se renseigner sur une société déterminée.

Ce dualisme ne saurait être remis en cause mais à l'intérieur de ses deux branches apparaissent certaines lacunes auxquelles il importerait de remédier. Au sein de la publicité statique, le registre du commerce mériterait de voir son emprise étendue. Quant à la publicité dynamique, spécialement la publicité diffusée, il faut regretter l'inefficacité de certains des moyens qu'elle emprunte actuellement. Notamment, les conditions d'habilitation des journaux d'annonces légales ne garantissent pas suffisamment une information réelle.

TITRE SECOND : LA MISE EN OEUVRE DE LA PUBLICITE .

17

Une organisation satisfaisante des instruments de publicité pré-
lude à la mise en oeuvre de l'information par les représentants légaux de
la société (1), soit le président du conseil d'administration (2) et les
membres du directoire, ou par le conseil de surveillance (3). De droit, la
responsabilité de la mission d'information incombe à ces personnes. L'obli-
gation de caractère général qu'ils assument s'avère même parfois insuscep-
tible de délégation. Ainsi, les avis à publier dans les journaux d'annonces
légales revêtent nécessairement leur signature, à moins que l'acte donnant
lieu à insertion soit authentifié ou ait été déposé au rang des minutes d'un
notaire, auquel cas celui-ci y appose la sienne. En dehors de cette hypothè-
se, la multiplicité des occupations des représentants légaux des sociétés
conduit à souhaiter qu'ils se fassent assister par un proche collaborateur
qui devienne un responsable de l'information. L'importance de la fonction
justifie une telle désignation. L'entreprise satisfera d'autant mieux à ses
obligations (4).

Mais après tout, il ne s'agit ici que de l'exercice par les di-
rigeants d'une attribution parmi d'autres. Du point de vue de la mise en
oeuvre de la publicité, il est bien plus remarquable de s'attacher aux ad-
juvants de l'action des responsables sociaux. L'information n'émane pas ex-
clusivement de ces derniers. Une concurrence existe déjà au sein de la socié-
té et elle se prolonge à l'extérieur. Au surplus, cette intervention a

(1) Art. 283 al. 1 décret 67.236.

(2) Art. 113 loi 1966. Reprend l'art. 2 loi 16.11.1940 en vertu duquel la
Cour de Paris avait pu imputer au seul président directeur général le
non-dépôt du bilan. 26.1.1959 D. 1959-182. Dans le même sens : A. Dalsace
note sous Pau 7.10.1959 D. 1960-248, Trib. Corr. Seine 14.12.1963 G.P.
1963-53.

(3) Art. 128 al. 1 loi 1966.

(4) Voir le rapport mensuel de la C.O.B. de septembre 1970.

un caractère de complémentarité par rapport à la première. Elle exprime souvent les résultats d'un contrôle (1) de la publicité réalisée par les dirigeants. Cet aspect revêt une importance fondamentale. Les publications doivent être effectuées dans des conditions de nature à ne pas abuser les destinataires (2). Ceux-ci ne peuvent s'assurer seuls de la sincérité de l'information. Déjà une double raison interdit qu'ils accèdent à toutes les pièces justificatives des renseignements publiés : leur nombre rendrait la démarche matériellement impossible et la survivance du "principe" du secret des affaires y fait obstacle. Ensuite, auraient-ils le droit de satisfaire leur curiosité qu'ils ne disposeraient généralement pas des connaissances techniques, juridiques, économiques et financières pour mener à bien leur tâche. Par là même se trouve justifiée la formule de Percerou selon laquelle : "Dans une bonne législation, c'est en réalité aux organes légaux de contrôle - bien plutôt qu'aux actionnaires (ou aux tiers) isolément - que doit appartenir le droit de communication". (3)

Une double vérification doit être opérée : celle de l'accomplissement de la formalité et sa conformité à la réalité. Les commissaires aux comptes et l'expert de minorité d'une part, le greffier du tribunal de commerce, les tribunaux et la Commission des opérations de bourse d'autre part, collaborent de cette façon à la fonction d'information : soit qu'ils en garantissent la régularité, soit qu'ils ordonnent de suppléer aux lacunes constatées, soit qu'ils informent eux-mêmes.

-
- (1) On doit remarquer l'ambiguïté de ce mot dans la langue juridique française. Dans un sens général, le pouvoir de contrôle désigne un pouvoir de surveillance et de réforme d'actes de gestion patrimoniale, à l'image du contrôle hiérarchique par lequel des supérieurs veillent à la bonne exécution de leurs décisions par leurs subordonnés. Dans un sens particulier, le contrôle est le pouvoir de diriger l'activité sociale. Donc, le terme recouvre à la fois l'ensemble des techniques juridiques propres à limiter les pouvoirs d'une personne sur un patrimoine qui n'est pas le sien, et ce genre de pouvoirs, de telle sorte qu'il ne serait pas impossible de parler de "contrôle du contrôle".
- (2) Thaller d'après Pic tome I p. 152 Traité général, théorique et pratique de droit commercial 3^e éd. 1940 : "une loi qui imposerait la confection d'un rapport ou document circonstancié, s'expliquant sur les gages d'avenir de la société, ainsi que la vulgarisation de ce rapport, répondrait à une pensée de protection heureuse. Mais pour que la protection fût réelle, encore faudrait-il que cette relation offrît des garanties d'exactitude, qu'elle fût exempte de dissimulation et mît en jeu des responsabilités effectives : toutes choses qui ne se produiront qu'à condition de placer ces mesures de publicité sous le couvert d'organes indépendants, certifiant la valeur d'une entreprise dont ils n'ont pas été les promoteurs.
- (3) J. Soc. 1908 p. 102 note 1.

CHAPITRE I - LES ORGANES INVESTIS D'UNE MISSION D'INFORMATION .

118

Indépendamment des dirigeants qui s'expriment naturellement l'information, deux autres organes interviennent dans la mise en oeuvre de la publicité. Traditionnellement, des commissaires aux comptes ont la charge d'examiner en permanence la traduction exacte des opérations sociales en comptabilité. A leur côté, le législateur de 1966 a donné la possibilité à la minorité de requérir la nomination d'un expert investi de pouvoirs d'enquête dont la finalité ne peut être qu'une meilleure information. Le rôle du second complète celui des premiers. En effet, les fonctions du commissariat aux comptes n'autorisent pas une immixtion dans la gestion. Cette limite marque normalement le début de la compétence de l'expert de minorité.

Dans la conception institutionnelle et hiérarchisée de la société anonyme qui tend à prévaloir, d'aucuns pourraient être tentés de soutenir que les seuls organes autorisés sont ceux que prévoit la loi, et que tout autre qui serait surajouté constituerait une excroissance non permise. Il n'en est rien. Bien qu'ignorés par la législation, des censeurs sont apparus dans les statuts de maintes sociétés (1). Toutefois, leur vocation ne consiste pas tant à surveiller ou contrôler la publicité, qu'à représenter des actionnaires, le plus souvent des banques, auprès de la direction, et de faire bénéficier celle-ci de leurs avis.

119

Section 1 - Les commissaires aux comptes.

Il appartient aux dirigeants de sociétés de communiquer aux actionnaires et au public des informations exactes. Or, des erreurs matérielles involontaires peuvent se glisser dans les documents comptables. Il est, par ailleurs, tentant pour des administrateurs, plus soucieux de protéger leur propre intérêt que l'intérêt social, de déformer l'image de la situation réelle de la société. Aussi il a toujours existé dans les sociétés par actions un

(1) M. Vasseur, Une création de la pratique : Les censeurs dans les sociétés anonymes . D. 1974 p. 67.

organe de contrôle de l'information et de son authenticité ; le résultat de ces investigations étant ensuite porté à la connaissance des actionnaires et du public. Mais l'accomplissement satisfaisant de cette mission implique la réunion de certaines conditions (1).

120 § 1. Les conditions d'un exercice efficace de la mission des commissaires aux comptes.

Pour être remplie d'une manière satisfaisante, la mission dévolue aux commissaires aux comptes exige des personnes qui en ont la charge deux qualités essentielles : la compétence et l'indépendance à l'égard de ceux qui dirigent la société. Outre ces facteurs personnels, la loi du 24.7.1966 s'est employée à augmenter les prérogatives des commissaires afin de renforcer leur efficacité et d'accroître par là même la garantie que les actionnaires et le public attendent d'eux.

121 A/ L'indépendance et la compétence des commissaires aux comptes.

Nommés pour un exercice, sans aucune garantie de compétence, n'exerçant leurs fonctions que durant la période précédant l'assemblée, dépendant en fait des administrateurs qui les proposaient au choix des actionnaires, les commissaires de la loi de 1867 ne pouvaient utilement assumer

-
- (1) - L'exercice du commissariat aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales. Etude présentée à l'occasion du 25^e congrès national. Supplément à la Revue française de comptabilité n° 105. Août-septembre 1970.
- Du Pontavice, Le commissariat aux comptes dans les lois du 24.7.1966 et 4.1.1967, Mélanges Cabrillac 1968 p. 377 ; article du même auteur dans la revue des sociétés 1968 p. 10.
- Trial : Le statut et les tâches des commissaires aux comptes, Revue française de comptabilité, 1967 - 273.
- Wisner, Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes, Rev. Soc. 1967 - 371.
- Guyon et Coquereau. Le commissariat aux comptes. Aspects juridique et technique 1971.

leur mission. Ils se révélèrent plus complices que censeurs des dirigeants (1).

En raison de la gravité et de la fréquence des abus commis au détriment de l'épargne, le Gouvernement, muni de pouvoirs exceptionnels, intervint en 1935 pour organiser un contrôle plus strict (2). Il imposa dans les sociétés qui faisaient appel à l' "épargne publique" la présence de commissaires agréés, offrant certaines garanties de compétence. Dans toutes les sociétés, il attribua aux commissaires un droit de contrôle permanent, et il édicta des incompatibilités pour assurer leur indépendance. La réforme de 1966 puis le décret du 12.8.1969 réglementant la profession de commissaire aux comptes ont parachevé l'évolution. Ils ont multiplié les précautions propres à assurer tant l'indépendance des commissaires en les dotant d'un statut approprié, que leur compétence en subordonnant l'accès à la profession à certaines conditions. (3)

I - L'indépendance.

L'exercice de la mission du commissaire aux comptes requiert une objectivité . Aucun lien ne doit entraver sa liberté d'expression. Un faisceau de dispositions légales y concourt (4) : le régime des incompatibilités, les conditions de sa nomination et de sa révocation.

-
- (1) R. Granger, thèse, 1951, La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions, p. 57 ; J. Dreyer, La protection de l'épargne par le commissaire des comptes de sociétés aux Etats-Unis et en France, J.C.P. 1952 éd. C.I. 1008 : "L'esprit particulariste français se manifeste en matière de contrôle comptable dans la préférence marquée des entreprises à utiliser leur propre personnel pour s'assurer de la régularité de leurs comptes, estimant que "l'esprit de corps" est une garantie plus sûre de discrétion que le secret professionnel des techniciens venant de l'extérieur. Il s'ensuit que le commissaire aux comptes est plus souvent considéré comme un conseiller en matière de présentation de bilan, s'en remettant pour la régularité du détail des écritures au personnel de la société contrôlée, que comme un véritable contrôleur".
 - (2) D.L. 8.8.1935, D.P. 1935-4-220.
 - (3) Allocution de M. J. Taittinger, Ministre de la justice, à l'occasion de la conférence organisée le 14.3.1974 par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes : "Bilan et problèmes actuels du commissariat aux comptes". G.P. 22 et 23.3.1974.
 - (4) Leur caractère impératif exclut de reconnaître à la mission censoriale le caractère de mandat. Il s'agit d'une mission légale de surveillance. Ainsi, la décision de la commission de première instance de la sécurité sociale de Paris du 1.2.1965 fait valoir que le commissaire est tenu au secret professionnel vis-à-vis de ses prétendus mandants, les actionnaires. Rev. frse. de compta. 1965 - 306, G.P. 1965 - 1 - 244 ; traité Ripert et Roblot, n° 1337.

123

a) Le régime des incompatibilités.

Le législateur a établi des impossibilités légales de contrôler les comptes d'une société déterminée en raison d'un lien pré-existant qui unit le commissaire à cette société et qui laisse présumer un défaut d'indépendance. L'article 220 de la loi du 24.7.1966 édicte à la fois des incompatibilités directes et des incompatibilités indirectes fondées sur des présomptions d'interposition de personnes.

124

Les premières recouvrent deux séries de cas . En premier lieu, les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers, administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance ne peuvent être commissaire aux comptes relativement à une société déterminée. En second lieu, sont également soumises à incompatibilité les personnes qui reçoivent de la société contrôlée, de ses fondateurs, apporteurs en nature ou dirigeants, ou des sociétés du même groupe une rémunération quelconque en raison de fonctions autres que celle de commissaire aux comptes. Les termes "fonction" et "rémunération" doivent être entendus au sens large : l'incompatibilité s'applique non seulement au salarié mais également au personnel extérieur qui fournit des conseils ou des prestations de service à la société considérée (1).

On a voulu surtout interdire à l'expert comptable ou comptable agréé qui contrôle ou tient les comptes de la société , de les vérifier ensuite à un autre titre, et éviter qu'un commissaire placé dans cette situation n'exercât sa mission avec la crainte que la dénonciation d'une irrégularité n'entraînât, par mesure de rétorsion, la suppression de sa première fonction (2). L'argument ne convainc pas entièrement. Une proposition de loi a même été déposée en vue de l'abrogation de l'interdiction en ce qu'elle vise les professionnels de la vérification des comptes (3).

-
- (1) Rép. Min. 4.4.1969 J.C.P. 1969-4- éd. G. 194, R.T.D.Com. 1969 520 obs. Houin ; Rép. Min. 28.1.1970, J.C.P. 1970 éd. G. 4-192, R.T.D.Com. 1970 147 obs. Houin : exclut du contrôle le salarié d'un cabinet de contentieux parce que ce cabinet reçoit des honoraires de la société.
- (2) Rép. Min. 2.8.1969, J.C.P. 1969 éd. G-4-263 : estime même que ne peut être nommé commissaire aux comptes l'associé d'une société d'expertise comptable qui tient les comptes de la société contrôlée.
- (3) Proposition n° 55, 2° session ordinaire 1972-1973, annexée au P.V. de séance A.N. 22.4.1973, déposée par MM. Cousté, Bas, Gissinger, Herzog, Labbé et Valleix.

Ces derniers seraient en réalité, selon les auteurs de cette proposition, les plus aptes à connaître le contexte de la situation de la société dont ils établissent les comptes et, par suite, il seraient en mesure de montrer une vigilance accrue dans le contrôle de ceux-ci. D'ailleurs, la prohibition ne se retrouve pas dans les pays anglo-saxons, ni en Allemagne Fédérale. Le législateur français lui-même a si bien compris l'intérêt de cette position qu'il a accordé aux comptables agréés le droit de réviser et de certifier les bilans et les comptes des entreprises dont ils tiennent la comptabilité (1). L'abandon de cet ostracisme à l'égard des commissaires aux comptes éviterait le renouvellement des mêmes travaux de révision effectués parallèlement par des professionnels (2).

En revanche, la rémunération doit avoir un caractère actuel. Il n'a même pas paru nécessaire d'exiger un délai entre la cessation de l'activité rémunérée et la désignation aux fonctions de commissaire. L'expert comptable qui supervisait jusqu'alors la tenue des comptes pourrait donc être immédiatement nommé commissaire. On peut enfin se demander pourquoi l'article 220 de la loi de 1966, relatif aux sociétés anonymes, à la différence de l'article 65 relatif aux S.A.R.L., ne vise pas seulement les rémunérations périodiques. Faut-il en déduire que le commissaire d'une société anonyme ne peut jamais accepter une mission rémunérée extérieure au contrôle, alors que le commissaire d'une S.A.R.L. y serait autorisé ? En vérité, toute distinction semble à exclure : il n'y a pas d'inconvénient à ce que le commissaire soit, par exemple, le conseil de la société qu'il contrôle et perçoive à ce titre une rémunération particulière.

Les incompatibilités indirectes résultant de présomptions d'interposition de personnes. Elles atteignent en premier lieu : les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers, administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance des filiales de la société contrôlée, ainsi que les parents et alliés jusqu'au quatrième degré de toutes ces personnes. En second lieu, ces incompatibilités visent : les administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveil-

(1) Art. 8 ordonn. 19.9.1945 modifiée par le décret du 24.8.1963 et la loi du 31.10.1968.

(2) La même idée peut être reprise à l'encontre de la collégialité du commissariat aux comptes lorsqu'elle existe. Elle a pour conséquence fréquente une dilution de la responsabilité et un partage des tâches qui atténuent l'efficacité des contrôles : le quatrième rapport annuel de la C.O.B. préconise en conséquence la suppression de la collégialité p. 168.

lance des sociétés possédant 1/10 du capital de la société contrôlée ou dont celle-ci possède 1/10 du capital, ainsi que les conjoints de ces personnes. L'incompatibilité frappe encore les conjoints des personnes qui reçoivent une rémunération de la société contrôlée ou d'une société du même groupe, ainsi que les sociétés de commissaires dont l'un des associés se trouve dans une des situations énoncées.

126

Le lien établi par le législateur entre indépendance et incompatibilité s'avère trop rigide. La solution ne se trouve pas exclusivement dans l'établissement de listes toujours incomplètes donc inopérantes. Par exemple, les textes n'édicte aucune incompatibilité légale entre la qualité d'associé et celle de commissaire. Il paraît pourtant difficilement admissible qu'un associé qui dispose de la majorité des voix à l'assemblée puisse se faire nommer commissaire. Les autres membres de la société seraient en droit de craindre que celui qui a la charge de s'assurer, notamment, que l'égalité a été respectée entre les actionnaires manque de l'objectivité nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Ou encore, à propos des incompatibilités indirectes, il est à remarquer que le texte de l'article 220 de la loi vise la participation entre les sociétés et non entre les entreprises ; il en résulte que le propriétaire d'une entreprise qui posséderait le dixième du capital d'une société anonyme pourrait être valablement commissaire de celle-ci. Pareillement, peut-on affirmer qu'un commissaire dont l'activité est tout entière consacrée à l'exercice du commissariat auprès de sociétés d'un même groupe a une indépendance à son égard. A l'inverse, empêcher les parents ou alliés du commissaire de réaliser, au cours de la vie sociale, un apport en nature à la société contrôlée par celui-ci semble provenir d'une confusion entre la situation du commissaire aux apports qui a un rôle bien défini à jouer au moment de cette opération, et celle du commissaire aux comptes dont la mission demeure étrangère à cet événement. Le système instauré apparaît donc critiquable.

La législation des pays étrangers fournit dans ce domaine des indications précieuses. En Allemagne (1), Autriche, Suisse ou Grande-Bretagne, la loi se borne à réserver l'exercice du contrôle à des professionnels compétents. La protection des actionnaires ou des tiers n'exige rien d'autre. Le régime des incompatibilités était assurément judicieux lorsque

(1) Le droit allemand connaît un régime d'incompatibilités mais l'expert comptable de la société peut être commissaire aux comptes.

les sociétés pouvaient librement choisir leurs commissaires aux comptes, sans que ceux-ci aient à justifier de quoi que ce soit. Mais puisque les fonctions sont réservées désormais à des personnes qualifiées, l'indépendance doit être établie, bien plus par leur niveau de recrutement que par des règles d'incompatibilité dont l'efficacité est de toute manière relative. Néanmoins, l'avant-projet de directive du Conseil des Communautés européennes concernant l'administration et le contrôle des sociétés par actions, conserve une telle réglementation. Le droit français s'y est conformé par avance ; il gagnerait à être modifié sur certains points.

- b) L'indépendance du commissaire assurée par les conditions de sa nomination et de sa révocation.

L'ordre professionnel auquel appartient le commissaire veille au maintien de l'indépendance de ses membres et il peut prendre leur défense en cas de conflit avec les sociétés contrôlées. Mais deux mesures concourent plus directement à garantir l'indépendance. D'une part, la minorité a le droit d'intervenir dans le choix du commissaire lorsqu'elle peut légitimement suspecter son impartialité. D'autre part, il convient surtout de mettre le commissaire à l'abri d'une révocation ou d'une non-réélection fondées sur un prétexte quelconque et motivées en réalité par un accomplissement trop consciencieux de sa mission.

1. La récusation.

Innovation de la loi de 1966, la récusation par la minorité s'inscrit dans la ligne des réformes qui tendent à une information plus complète et plus objective (1). Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital peuvent récuser en justice le ou les commissaires aux comptes nommés par l'assemblée et demander la désignation d'autres qui exerceront les fonctions en leurs lieu et place (2). La minorité conteste a priori la personne même du commissaire et son aptitude à remplir ses fonctions lorsque son impartialité peut être suspectée.

(1) Rapport de M. E. Dailly, J.O. Sénat 14.6.1966, p. 120. Cette disposition s'inspire de l'article 136 de la loi allemande du 30.1.1937 sur les sociétés par actions. Elle doit être distinguée de la récusation des juges. Les cas de récusation énumérés par les articles 341 à 355 du nouveau code de procédure civile ne pourraient s'appliquer ici.

(2) Art. 225 loi 1966.

En revanche , si l'indépendance du commissaire ne peut être soupçonnée , la récusation s'avère impossible. La loi prévoit expressément deux cas de ce genre : lorsque le commissaire a été nommé judiciairement (1), et lorsque les premiers commissaires des sociétés anonymes ne procédant pas publiquement à l'appel à l'épargne ont été désignés par les statuts, c'est-à-dire à l'unanimité (2). Hormis ces exceptions légales qui illustrent bien des motifs qui ont conduit à l'institution de la procédure de récusation, le silence de la loi quant aux raisons qui doivent être avancées pour justifier la demande suscite des difficultés. Les premières décisions jurisprudentielles rendues à ce propos se révèlent particulièrement significatives (3).

129

Selon une interprétation restrictive , l'article 225 permettrait uniquement de faire respecter les conditions posées pour l'exercice du commissariat aux comptes. En effet, les délibérations des assemblées générales sont annulables lorsqu'elles sont prises sur le rapport de commissaires nommés ou demeurés en fonction dans des conditions irrégulières. Vu la gravité de cette sanction, l'actionnaire même minoritaire a évidemment intérêt à provoquer au plus vite le remplacement du commissaire afin d'assurer à l'avenir la validité des délibérations. Sans doute, l'actionnaire peut aussi requérir la réunion d'une assemblée ou demander que la révocation soit inscrite à l'ordre du jour d'une assemblée déjà convoquée (4). Mais rien ne lui garantit que la majorité déférera à sa demande. En conséquence, seuls des motifs tirés de la violation des articles 221 et 222 de la loi pourraient justifier la récusation. Cependant, réduite à ce rôle, celle-ci ne présenterait plus qu'une portée limitée car les désignations irrégulières sont rares.

130

A l'opposé , on peut arguer que cette interprétation restrictive est contraire à l'esprit de l'article 225 de la loi, disposition qui tend à protéger les actionnaires minoritaires. La majorité peut prendre soin de respecter les conditions légales tout en désignant un commissaire docile à ses intérêts. La lettre du texte commande aussi de réfuter la première

(1) Art. 224 - loi 1966.

(2) Art. 88 - loi 1966.

(3) Ordonn. président du T.C. Paris 9.5.1969 G.PJ69-1-315 ; infirmé par Paris 11.7.1969 D1969-517 - note Dalsace, J.C.P1969-2-16081 - note Guyon, Rev. Soc1969.214 - note J. Hémar R.T.D.Com.1969 1034 obs. Houin.

(4) Art. 158 - 2° et 160 al. 2 de la loi de 1966.

analyse. Le terme de récusation évoque l'idée de refus discrétionnaire, telle la récusation des jurés d'assises. L'article 225 aurait donc un rôle beaucoup plus étendu que celui d'assurer la régularité de la désignation des commissaires. Il permettrait à la minorité d'invoquer un quelconque grief à l'encontre du commissaire en fonction ; il suffirait d'établir par conséquent qu'existe un conflit au sein de la société, voire seulement que les intérêts des minoritaires sont distincts de ceux des majoritaires (1).

131 En réalité , du moment que le commissaire désigné par l'assemblée générale est en mesure d'exercer objectivement sa mission , il n'y a pas de motif suffisant de récusation. Il convient de se rallier à une interprétation moyenne. La récusation doit être justifiée par le fait que les minoritaires suspectent l'impartialité (2) ou la compétence du commissaire (3). La récusation s'inspire en somme des mêmes motifs que l'exercice ut singuli de l'action sociale (4). La loi autorise les minoritaires à se substituer aux dirigeants pour intenter une action conforme à l'intérêt social. Les demandeurs à l'action en récusation reprochent au commissaire de n'être pas en mesure d'exercer sa mission dans l'intérêt de la société, intérêt qui se distingue de celui de la majorité.

Ce droit ne se confond pas avec la révocation qui émane de l'assemblée, donc de la majorité, et qui suppose une faute ou un empêchement. En effet, l'action en récusation doit être introduite dans les trente jours de la désignation du commissaire (5), c'est-à-dire à un moment où le commissaire n'a généralement pas encore commencé sa mission et n'a donc pas pu commettre de faute. Conformément au droit commun, des indices graves, précis et concordants doivent être établis par le demandeur à l'appui de sa requête dirigée contre un ou plusieurs des commissaires. Cette individualisation achève de démontrer qu'il ne suffit pas de reprocher au commissaire sa désignation par la majorité parce qu'alors, la récusation aurait toujours été globale.

(1) Ordonn. Paris précitée : "Il apparaît opportun en toute objectivité, sans qu'aucun reproche ni mise en cause personnelle ne soit adressé, de prononcer la récusation d'un commissaire aux comptes dans le seul intérêt social qui doit nécessairement guider le magistrat appelé à statuer dans cette espèce, de doter la société d'un organe de contrôle étranger aux parties en cause qui constituera valablement la garantie de tous en ce qui concerne la marche sociale".

(2) Ripert et Roblot n° 1343 ; Hémar, Terré, Mabilat préc. p. 154.

(3) Houin et Goré, La réforme des sociétés commerciales D. 1967, p.123 n° 60.

(4) Art. 245 loi 1966.

(5) Art. 188 décret n° 67.236.

L'arrêt précité de la Cour de Paris du 11.7.1969 a retenu cette conception en refusant de récuser un commissaire nommé dans des conditions sociales troublées, dès lors qu'aucune circonstance ne permettait de suspecter sa compétence, son honorabilité, son impartialité ou son indépendance. Par contre, la décision constata que le commissaire n'était pas inscrit sur la liste des personnes habilitées à exercer la profession et avait été élu par une assemblée tenue irrégulièrement. En conséquence, l'arrêt annula la délibération. L'invalidation se distingue donc bien de la récusation. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une incompatibilité que la procédure de récusation pourrait intervenir parallèlement à une assignation au fond pour obtenir l'annulation, mais la première aurait sur la seconde l'avantage de la rapidité.

132

2. La révocation du commissaire.

Pour éviter à la fois la précarité et l'immutabilité, inconciliables avec un bon accomplissement de la mission, la loi fixe impérativement la durée des fonctions du commissaire à six exercices (1). Il est immédiatement et indéfiniment rééligible. Dans deux situations, néanmoins, la loi a elle-même prévu qu'un commissaire pourrait être désigné pour une période moins longue : le commissaire nommé par l'assemblée en remplacement d'un autre ne demeure en fonction que jusqu'à l'expiration du mandat de son prédécesseur (2) ; le mandat du commissaire désigné judiciairement, lorsque l'assemblée n'en a pas nommé un, prend fin dès que l'assemblée générale pourvoit à son remplacement (3). Une troisième hypothèse est discutée. Quelle est la durée des fonctions du commissaire désigné en justice à la suite de la récusation du titulaire ? L'article 225 de la loi de 1966 dispose, dans une formule assez ambiguë, que les "commissaires aux comptes ainsi désignés ne pourront être révoqués avant l'expiration normale de leurs fonctions, que par décision de justice". L'expression "expiration normale des fonctions" peut se comprendre de trois manières différentes. Puisque le commissaire désigné judiciairement exerce ses fonctions au lieu et place du commissaire récusé, on peut faire valoir, par transposition des règles applicables à la

(1) Art. 224 loi 1966 et art. 18 loi 31.12.1970.

(2) Art. 224 al. 2 loi 1966.

(3) Art. 224 al. 3 loi 1966 ; art. 18 loi 31.12.1970.

durée des fonctions du commissaire suppléant, qu'il ne demeurera en fonction que jusqu'à l'expiration normale du mandat de celui qu'il remplace. Faute d'une disposition légale contraire, on peut également prétendre que la durée des fonctions est celle du droit commun : six ans. Enfin, une dernière solution consiste à laisser le tribunal libre de fixer la durée des fonctions du commissaire qu'il investit (1).

Reprenant la jurisprudence antérieure (2) à la réforme de 1966, l'article 227 de la loi énonce : "En cas de faute ou d'empêchement, les commissaires aux comptes peuvent être relevés de leurs fonctions par l'assemblée générale". Ainsi, la révocabilité ad nutum reste toujours écartée. La société qui met fin aux fonctions d'un commissaire doit en avertir le Conseil régional de l'ordre dans le délai de huit jours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si après examen, le Conseil estime la mesure injustifiée, il peut seul, ou avec l'intéressé agir contre la société pour faire établir judiciairement le mal-fondé de la décision (3). Les textes ne précisent pas les pouvoirs du tribunal éventuellement saisi s'il agréé la demande. Peut-il rétablir le commissaire dans ses fonctions ou doit-il se contenter de lui allouer des dommages intérêts ? La seconde solution paraît plus conforme au caractère subsidiaire de la compétence judiciaire dans le régime de la loi de 1966. Il semble pourtant que le décret du 12.8.1969 ne l'ait pas choisie. Son article 70 envisage en effet dans sa formule finale la possibilité d'agir en justice "avec toutes conséquences de droit". Les derniers mots, par leur généralité, autorisent la réintégration dans la société, à condition qu'elle soit expressément demandée (4). Certains auteurs souhaitaient même que le droit de révocation fût laissé dans tous les cas à l'autorité judiciaire ou tout au moins que la décision de l'assemblée ne devînt exécutoire qu'après une homologation du tribunal (5). Le législateur a préféré maintenir le juge dans son rôle traditionnel.

Cette réglementation explique que ne puisse être admise la pratique, dénoncée par la C.O.B., qui consiste à contraindre le commissaire à se démettre de ses fonctions pour laisser les dirigeants sociaux agir

(1) Guyon et Coquereau, ouvrage préc. n° 142 p. 117.

(2) Paris 26.6.1943 D. 1945-151 note Ripert, J.C.P. 1943-2-2407 note Bastian ; Decugis, La révocabilité des commissaires, J. Soc. 1946-1.

(3) Art. 70 décret 12.8.1969.

(4) Hamel et Lagarde préc., t. 1. n° 675.

(5) L. Mazeaud, article, L'administration des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales, in : Etudes sur le projet français de réforme des sociétés commerciales - 1965 p. 71.

irrégulièrement (1). La Commission des opérations de bourse apprend fréquemment par la lecture des projets de résolution soumis aux assemblées générales ordinaires que des commissaires aux comptes ont présenté, avant l'expiration de leurs fonctions, une démission non motivée ou donnée sous le prétexte de convenance personnelle. En réalité, un conflit avec les dirigeants de la société sur un problème relatif à l'exercice de la mission censoriale se trouve souvent à l'origine de cette décision : soit qu'une crise de confiance survienne après la découverte de faits délictueux, soit qu'elle résulte d'entraves à l'exécution des contrôles. A un moment où leur intervention devient particulièrement impérieuse, éviter la dénonciation d'un délit ou éluder un refus de certifier les comptes constitue une dérobade et contrarie le principe d'indépendance. Le commissaire aux comptes doit informer les actionnaires des véritables motifs de sa décision. A défaut, sa responsabilité pourrait être engagée si son retrait devait permettre la commission d'irrégularités.

134

L'indépendance juridique du commissaire qui résulte de son statut, s'accroît d'une indépendance matérielle qu'a tenu à lui assurer le législateur. Le montant de ses honoraires n'est plus librement fixé par l'assemblée générale, comme sous l'empire de la loi de 1867, mais selon des modalités déterminées par le décret du 12.8.1969. Une rémunération convenable représente le gage d'un travail sérieux et efficace propre à éviter que l'exercice de la mission ne prenne un aspect purement formel (2). Encore faut-il cependant que des personnes compétentes en soient investies.

135

II - La compétence.

La compétence résulte d'abord fondamentalement d'aptitudes personnelles. Elle postule également une certaine organisation.

136

Sous le régime antérieur à la loi de 1966, Monsieur

(1) Bull. mens. n° 50 p. 6 ; R.T.D.Com. 1973-582 ; J.C.P. 1973-40749.

(2) Rapport C.O.B. 1968 p. 41 ; Mabilat, Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes, Rev. Soc. 1970-59 n° 106 ; interventions de M. Foyer à l'Assemblée Nationale, le 8.6.1965 J.O. p. 1899 et le 11.6.1965 J.O. p. 2072.

le professeur Tunc exprimait déjà l'idée que : "C'est essentiellement au recrutement des auditeurs que le contrôle des sociétés tel qu'il fonctionne en Angleterre doit la supériorité qu'on lui reconnaît normalement" (1). L'ordre des experts comptables et des comptables agréés soutient, depuis le début des discussions pour la réforme de la loi de 1867 sur les sociétés, que les experts comptables sont les plus qualifiés pour constituer le corps des commissaires aux comptes. Il cite à l'appui de son affirmation l'exemple des autres pays étrangers où le contrôle des comptes leur appartient exclusivement : Wirtschaftsprüfer en Allemagne, Certified public accountants aux Etats-Unis, Chartered accountants au Royaume-Uni. Selon lui, le diplôme d'expertise comptable, d'un niveau comparable aux titres de formation que possèdent les professionnels étrangers, serait le seul, qui garantirait la triple formation souhaitable : comptable, juridique et économique.

A cet égard , la solution retenue par le décret du 12.8.1969 est imparfaite . En application de l'article 495 de la loi de 1966, le contrôle des comptes de toutes les sociétés doit être assuré depuis le 1.4.1975 par des commissaires aux comptes inscrits (2) . Mais, de l'avis même de certains professionnels (3), les conditions d'inscription ne satisfont pas. D'abord, la plupart des commissaires inscrits en vertu du décret du 29.6.1936 ont pu se faire réinscrire sur simple demande (4) ; or quelques Cours d'appel avaient antérieurement prononcé des inscriptions avec beaucoup d'indulgence. En outre, il est prévu que le certificat supérieur de révision comptable dispense de l'examen d'aptitude (5), alors que ce certificat peut être obtenu sans connaissances juridiques suffisantes, notamment en ce qui concerne le droit pénal spécial. D'ailleurs, l'expérience "suffisante" des questions financières, comptables et juridiques qui doit avoir été acquise pendant quinze ou dix années au moins par les candidats n'ayant pas à passer l'examen d'aptitude n'atteste pas de leur triple compétence en ces matières.

(1) Art. préc. L'effacement des organes légaux de la société anonyme, D. 1952 p. 73.

(2) Voir : rép. min. à M. Dominati, J.O., déb. A.N. , 7.12.1973, p. 6740 .

(3) Jacques Douézi, L'information sur l'entreprise : la mission des commissaires aux comptes, 1975, n° 316 p. 285 .

(4) Art. 180 décret n° 69.810 du 12.8.1969.

(5) Art. 3 dernier al. décret n° 69.810 du 12.8.1969.

Voilà pourquoi une proposition de modification (1) de l'article 219 de la loi de 1966 tend à exiger pour l'avenir une double condition pour l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes : l'appartenance à l'ordre des experts comptables et des comptables agréés, l'inscription sur une liste d'aptitude. Sans attendre l'adoption de ce projet, le sixième rapport annuel de la C.O.B. (2) préconise, pour sa part, que le contrôle des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne soit réservé aux commissaires ayant la qualité d'expert comptable.

137

Ces raisons expliquent en partie les hésitations qu'éprouve l'épargne étrangère à s'investir en bourse de Paris. En 1970, le Financial Times publiait un article qui concluait que les comptes des sociétés françaises n'étaient pas toujours très sûrs, car leur certification n'avait pas toujours une valeur réelle. D'autres avertissements ont pu être donnés sous cette forme : "Attention, parmi les commissaires qui certifient les comptes français, vous avez des soi-disant commissaires qui en réalité n'ont aucune compétence réelle" (3). Malgré les progrès réalisés par la loi de 1966 et le décret du 12.8.1969, le contrôle des comptes en France reste sous-estimé. Les autorités boursières anglo-saxonnes refusent de s'en contenter. Notamment, les sociétés françaises qui sollicitent la cotation de leurs titres à la bourse de Londres doivent faire certifier leurs comptes par un "Chartered Accountant".

Pourtant, le modèle britannique n'échappe pas à toute critique. Certains lui reprochent que la formation des experts comptables parmi lesquels doivent être choisis les commissaires aux comptes soit trop exclusivement pratique et ne leur permette pas toujours d'apprécier la portée juridique ou même parfois financière des problèmes qu'ils rencontrent. Pour M. le professeur Tunc : "On déplore également le caractère superficiel et mécanique du contrôle auquel ils procèdent habituellement. On note enfin que, si la loi leur permet d'être indépendants à l'égard de la société dont ils contrôlent les comptes, elle ne leur garantit pas qu'ils conserveront

(1) Proposition de loi n° 55, 2° session ordinaire 1972-73, annexée au P.V. de séance du 12.4.1973, présentée par MM. Clusté, Bas, Gissinger, Herzog, Labbé, Valleix.

(2) p. 141.

(3) Cf. ouvrage : Les incitations des particuliers à l'épargne, 1° rencontre université-entreprise organisée les 10 et 11.6.1971 à Aix en Provence par le Centre de droit des affaires de l'Université d'Aix - Marseille. Dalloz, 1972 p. 153.
Bull. mens. C.O.B. n° 40 juillet 1972 p. 7.

une clientèle lorsqu'ils auront gagné une réputation d'indépendance. Il semble donc qu'en pratique, ils n'osent guère exprimer les critiques qui peuvent leur venir à l'esprit". Après ces remarques, l'auteur conclut que l'institution ne justifie sans doute pas entièrement l'envie qu'on lui porte traditionnellement sur le continent : "Au Royaume Uni, c'est de l'autre côté de l'Atlantique que l'on regarde avec admiration". (1)

138 A cette première critique, s'en ajoute une autre provenant de l'inadaptation des structures de la profession qui n'autorisent pas un accomplissement efficace de la mission de contrôle. Dès son premier rapport annuel, la C.O.B. a rappelé que l'expérience des principaux pays industrialisés révélait une situation tout à fait distincte de la nôtre : "Les experts comptables chargés du contrôle externe des comptabilités d'entreprise appartiennent le plus souvent à des sociétés civiles (partnerships) nombreuses et puissantes... La différence est si nette avec la pratique française que les filiales des sociétés étrangères implantées en France ont généralement recours aux services de réviseurs de leur pays". Une équipe chargée de la révision comptable se compose de personnes aux tâches diversifiées. L'exécution du travail obéit à une organisation très hiérarchisée qui permet d'atteindre une efficacité réelle et une garantie suffisante d'exactitude. A l'inverse, selon la pratique traditionnelle du commissariat aux comptes en France : le commissaire opère seul, fréquemment dans un grand nombre de sociétés, et ne satisfait pas aux nécessités de la fonction qu'il est censé exercer car il doit se borner à des vérifications superficielles (2). Face à des puissances économiques et financières de plus en plus considérables et organisées, il risque de se trouver désarmé. Dès lors, son action en groupe doit être favorisée (3).

Pour réaliser l'adaptation nécessaire de la profession, la loi du 29.11.1966 et le décret du 12.8.1969 ont permis la création de

(1) Tunc, Le droit anglais des sociétés anonymes, p. 167.

(2) Le nombre des comptables qualifiés est nettement insuffisant en France. On y dénombre environ 2400 experts comptables et 7000 comptables agréés alors qu'il y a plus de 40.000 chartered accountants et certified public accountants en Grande-Bretagne. Malgré la difficulté de rapprocher des appellations faisant partie de systèmes différents, l'insuffisance apparaît grande.

(3) Goré. La comptabilité commerciale et le droit, in Etudes offertes à Joseph Hamel. Dix ans de conférences d'agrégation 1961 p. 99.

sociétés civiles professionnelles (1). L'article 218 de la loi du 24.7.1966 dispose également : "Toutefois, les sociétés inscrites à la date de la promulgation de la présente loi au tableau de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés pourront, quelle que soit leur forme, être commissaires aux comptes"(dans les conditions fixées par le règlement d'administration publique du 12.8.1969, article 7).

La première formule a échoué complètement (2). La seconde ne fait que sauvegarder les droits acquis. Aussi une proposition de loi a été formulée récemment pour résoudre le problème. Selon celle-ci : "Il convient de donner à tous les commissaires aux comptes la possibilité de constituer exclusivement entre eux, des sociétés anonymes et des S.A.R.L." (3). En fait, la solution à promouvoir ne réside pas tant dans la généralisation de la forme commerciale, qui ne correspond pas à l'esprit des professions libérales, que dans une forme de société civile à directoire qui présenterait une structure mieux adaptée aux exigences de l'exercice de la profession (4). La coordination du droit à l'échelon européen impose d'ailleurs d'envisager une telle réforme. L'évolution est irréversible. Elle bénéficie des encouragements des organisations professionnelles. Une circulaire du Conseil national des commissaires aux comptes de février 1973 a notamment invité les professionnels qui travaillent seuls ou qui sont insuffisamment équipés à constituer des groupes pouvant rassembler, en y incluant les collaborateurs, une "masse de manoeuvre de soixante à cent personnes au moins". A cet effet, ont été établis des statuts types et le règlement intérieur d'un groupement d'intérêt économique susceptible de servir de structure juridique (5).

-
- (1) Guyon et Coquereau, Les sociétés civiles professionnelles de commissaires aux comptes, J.C.P. 1970 éd. C.I. n° 87348 ; Mabilat, Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes, Rev. Soc. 1970 p. 65 n° 117 et s. ; Rengade, Les sociétés civiles professionnelles de commissaires aux comptes, J.C.P. 1969 éd. C.I. 86946.
 - (2) Discours de M. J. Trial, président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, le 14.3.1974, G.P. 22 et 23.3.1974.
 - (3) Proposition de loi n° 477, annexée au P.V. de séance du 14.6.1973 A.N., présentée par MM. Lauriol, Le Douarec et Neuwirth.
 - (4) Discours de M. Taittinger, Garde des sceaux, 14.3.1974, G.P. 22 et 23.3.1974.
 - (5) En 1973, cinq groupements rassemblant 119 commissaires aux comptes et 872 collaborateurs ont été constitués. Rapport annuel G.O.B. 1973 p.135.

139

Toutes les conditions optimums ne sont donc pas encore mises en place. Mais, dans le cadre existant, un certain nombre de principes ont été définis pour obtenir les meilleurs résultats possibles. Des obligations incitent les commissaires à assumer pleinement et efficacement la mission qui leur est dévolue. L'article 66 du règlement d'administration publique du 12.8.1969 prescrit aux intéressés la constitution d'un dossier particulier à chaque société contrôlée qui centralise les documents relatifs à celle-ci, ainsi que la tenue d'un registre attestant des diligences professionnelles qu'ils effectuent (1). Dossiers et registres doivent être conservés pendant dix ans, même après cessation des fonctions, à la disposition permanente du Conseil régional ou national des commissaires inscrits, ou éventuellement des chambres de discipline (2). Chaque année, le Conseil régional doit examiner l'activité des commissaires de son ressort et viser à cette occasion le registre des diligences professionnelles. Ces diverses sujétions confèrent aux travaux des commissaires une plus grande fiabilité.

140

B/ Les prérogatives des commissaires aux comptes.

Pour accomplir leur mission, les commissaires aux comptes sont dotés de très larges pouvoirs. Ils peuvent les exercer, à toute époque de l'année, et non plus uniquement pendant le trimestre qui précède la réunion de l'assemblée générale comme sous le régime antérieur à la réforme de 1935, sans avoir à demander l'autorisation des dirigeants sociaux, ni même à les informer avant d'agir.

Ils jouissent déjà d'un droit d'information. Celui-ci leur donne accès à toutes les assemblées et aux réunions du conseil d'administration ou du directoire qui arrêtent les comptes de l'exercice écoulé (3). Il semble en outre qu'ils puissent de leur propre chef demander à assister aux délibérations du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance. En effet, l'article 230 de la loi de 1966 leur enjoint non seulement de rendre compte à ces organes de l'accomplissement de leur mission, mais aussi de leur signaler les irrégularités qu'ils auraient décou-

(1) L'exercice du commissariat aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales, préc. p. 236 et s. ; Guyon et Coquereau préc. p. 179 et s. ; Dupuis M., Le contrôle comptable. Techniques de révision. Responsabilité des commissaires aux comptes. Evolution et perspectives. 1967.

(2) Aux termes de l'art. 67 du R.A.P. précité, les agents de la C.O.B. disposent d'un droit de communication identique.

(3) Art. 231 loi 1966 et art. 18 loi 31.12.1970.

vertes. Ils peuvent donc estimer qu'une communication verbale s'impose et demander à être entendus. Enfin, le décret du 23.3.1967 veille à ce que les commissaires aient connaissance des comptes et documents qui sont soumis aux actionnaires (1).

Même élargi depuis la réforme, le droit d'information ainsi défini demeure insuffisant. Il faut que les commissaires puissent vérifier les informations produites par les dirigeants. Cette recherche suppose la reconnaissance d'un pouvoir d'investigation : auprès de la société contrôlée évidemment, mais aussi en dehors puisque des documents irrécupérables en soi sont invérifiables si une irrégularité a pu se produire ailleurs.

141

L'étendue des pouvoirs d'investigation auprès de la société contrôlée. Aux termes de l'article 229 alinéa 1 de la loi de 1966 : "A toute époque de l'année, les commissaires aux comptes, ensemble ou séparément, opèrent toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux". Les documents sont ceux qui se rapportent à l'exercice en cours ou antérieur lorsqu'ils s'avèrent nécessaires aux vérifications.

L'énumération n'a pas un caractère limitatif (2). Les investigations peuvent même s'étendre à des éléments matériels afin, par exemple, de contrôler la sincérité d'une déclaration.

Au niveau de l'investigation, les commissaires aux comptes jouissent donc de prérogatives particulièrement étendues. Le texte légal est très net : les commissaires aux comptes opèrent (et non pas peuvent opérer) "toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns". C'est dire que l'opinion qu'ils se forment est remarquablement éclairée.

142

Au sein des groupes de sociétés, l'enchevêtrement des rapports entre membres rend incompréhensible l'appréciation isolée des si-

(1) Art. 44 et 243 décret 67.236.

(2) Ainsi, le droit du commissaire aux comptes à la communication du rapport établi par le réviseur contractuel, E. du Pontavice, bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes n° 15, p. 311 et s.

tuations sociales. Les recherches doivent pouvoir se poursuivre non seulement dans les comptes de la société contrôlée, mais encore dans ceux des personnes juridiquement distinctes qui entretiennent des liens avec la première. Le législateur a reconnu en conséquence au commissaire le droit de vérifier la situation comptable et financière des sociétés mères ou filiales de la société contrôlée, dans les mêmes conditions que dans celle-ci

(1). Le domaine d'application de cette règle est strictement délimité. Le pouvoir d'investigation ne joue qu'entre sociétés unies par un lien d'affiliation entendu dans le sens restrictif de l'article 354 de la loi de 1966 (2).

"Il n'est pas de contrôle sérieux pour un commissaire aux comptes, sans la possibilité d'effectuer des vérifications chez un tiers. Il en est d'ailleurs ainsi dans toutes les législations étrangères". Ainsi s'exprimait M. Fleven, au cours des travaux préparatoires à la réforme de 1966, qui parvint à faire adopter un amendement instituant un tel pouvoir d'investigation. Selon le dernier alinéa de l'article 229 de la loi : "Les commissaires aux comptes peuvent également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Toutefois, ce droit d'information ne peut s'étendre à la communication des pièces, contrats et documents quelconques détenus par des tiers, à moins qu'ils n'y soient autorisés par une décision de justice. Le secret professionnel ne peut être opposé aux commissaires aux comptes, sauf par les auxiliaires de la justice". (3)

Cette faculté est subordonnée à deux conditions. En premier lieu, les tiers visés doivent avoir accompli des opérations "pour le compte de la société". La formule paraît désigner les auxiliaires ou les mandataires de la société à l'exclusion des tiers qui ont conclu avec elle un contrat quelconque car ceux-ci agissent avec la société. (4). En second

(1) Art. 229 al. 3 loi 1966.

(2) Rodière, La protection des minorités dans les groupes de sociétés, Rev. Soc. 1970 - 243.

(3) Rép. Min. à la question de M. Lebas, n° 7772, J.O. A.N. 25.11.1969 p. 4356 : estime qu'un officier ministériel ne doit pas bénéficier de cette disposition.

(4) Bastian J.C.P. 1968-1-2183 n° 607 ; Hémard, Terré, Mabilat préc. tome 2 n° 1028, ces derniers auteurs expriment une opinion plus nuancée.

lieu, le principe est que le commissaire ne peut exiger de plein droit la communication des documents détenus par le tiers, mais seulement l'interroger, sauf autorisation judiciaire. Dans cette dernière éventualité, il semble même possible de requérir communication d'une information dont se trouve en possession un tiers qui n'a pas accompli d'actes pour le compte de la société. L'opinion se fonde sur un argument de texte. Si l'article 229 de la loi commence par désigner restrictivement les "tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société", il prévoit ensuite la communication avec autorisation judiciaire pour les "documents quelconques détenus par des tiers".

144 § 2. Le contenu de la mission des commissaires aux comptes.

La mission des commissaires aux comptes a une nature amphibologique. D'abord, elle consiste en un contrôle de l'information réalisée par les dirigeants. Ensuite, les résultats de cette vérification font eux-mêmes l'objet de publicité (1).

145 A/ Le contrôle de l'information réalisée par les dirigeants.

Le rôle traditionnel du commissaire aux comptes est d'examiner la comptabilité de la société, pour s'assurer que les écritures reflètent correctement la réalité. A ce titre, il vérifie les livres et les valeurs de la société (2), mais aussi les documents comptables qui sont publiés. La loi du 24.7.1867 (3) faisait porter le contrôle sur la régularité et la sincérité des inventaires et des bilans. L'article 228 alinéa 2 de la loi de 1966 désigne plus généralement la régularité et la sincérité des comptes sociaux. Il s'agit de l'inventaire, du compte d'exploitation

(1) MM. Hémar, Terré, Mabilat, préc., tome 2, n° 992, p. 787 ; M. Pleven, garde des sceaux, Rev. Française de comptabilité, n° 106, septembre 1970 p. 8 : "Mais sa mission (du commissaire) n'est pas terminée au stade de sa propre conviction. Le législateur lui fait l'obligation de la faire connaître aux dirigeants des entreprises, aux actionnaires et éventuellement aux autorités publiques : c'est la mission d'information du commissaire aux comptes".

(2) Art. 228 al. 2 loi 1966.

(3) Art. 32 al. 1.

générale, du compte de pertes et profits et du bilan (1). Certifier, c'est assurer qu'une chose est vraie, mais c'est aussi transférer sa propre certitude à autrui. Le commissaire aux comptes doit se persuader de la régularité et de la sincérité des documents sociaux, et l'affirmer sans réserve de manière à faire partager sa propre opinion aux destinataires.

La régularité signifie la conformité aux lois en général et aux règles de la technique comptable en particulier (2). Les comptes doivent avoir été dressés conformément aux articles 340 et suivants de la loi de 1966 ainsi qu'aux dispositions du plan comptable général (3) complétées ou modifiées par les directives des plans comptables professionnels et la réglementation fiscale en vigueur.

Quant au terme "sincérité" (4), l'Assemblée Nationale lui avait substitué en première lecture le mot "exactitude" (5). Mais après discussion, il a été reconnu qu'il n'était pas possible de faire certifier l'exactitude d'un bilan et c'est finalement le terme sincérité qui a été retenu (6). Il signifie que les évaluations extra-comptables, notamment celles relatives aux stocks, amortissements ou provisions, doivent être effectuées de bonne foi. Il s'ensuit que l'appréciation de la sincérité devrait viser non pas tant les documents, mais les êtres humains qui les établissent et ceux qui les contrôlent (7). Par conséquent, le contrôle a pour but de

-
- (1) Art. 228 al. 1 loi 1966. Pareillement, aux termes de l'article 168-4° de la loi de 1966, les commissaires aux comptes doivent certifier exact le montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées. L'emploi du terme "exact" au lieu de ceux habituels de : "régularité" et "sincérité" provient de la certitude qui peut être acquise ici. E. Du Pontavice, Le commissariat aux comptes et la rémunération des dirigeants de société anonyme, Rev. Soc., 1968, p. 30.
- (2) Houin et Goré. La réforme des sociétés commerciales D. 1967-121 n° 60. Gouvernair J. La régularité et la sincérité dans le cadre de l'information annuelle des actionnaires des sociétés anonymes, thèse dactyl., Paris, 1970.
- (3) Art. 55 loi 28.12.1959.
- (4) Thèse Gouvernair préc. p. 181 et s.
- (5) M. Le Douarec, député, rapporteur, J.O. A.N. 8.6.1965 p. 1897 : "La régularité, chacun sait ce que cela signifie. Mais la sincérité est une notion purement subjective et il est très difficile de savoir ce qu'elle recouvre. Aussi avons-nous pensé que, pour la garantie des actionnaires, les commissaires aux comptes devaient certifier non seulement la régularité mais également l'exactitude de l'inventaire".
- (6) M. E. Dailly, rapporteur au Sénat 27.4.1966 J.O. Sénat, p. 334 ; M. le professeur Bastian relève néanmoins une ambiguïté dans les textes : Si le législateur n'impose pas au commissaire de certifier l'exactitude des comptes, il continue d'incriminer le fait pour les dirigeants de présenter ou de publier un bilan inexact. Article 437 loi, chronique préc. n° 602.
- (7) L'exercice du commissariat aux comptes... préc. p. 79 n° 114 ; Amiaud, La sincérité des bilans et les dispositions fiscales sur l'amortissement des immobilisations, D. 1966 p. 29.

vérifier que les comptes établis s'approchent d'une vérité comptable qui n'est elle-même qu'un aspect de la situation véritable de la société. La certification ne saurait transformer la nature de l'obligation du commissaire, obligation de moyen, en une obligation de résultat ; elle ne saurait créer l'illusion d'une sécurité absolue (1).

146

Vérifier les comptes serait de peu d'utilité si les dirigeants pouvaient encore librement en présenter des interprétations fallacieuses (2). En effet, l'incompétence de la généralité du public interdit que celui-ci puisse analyser seul les documents comptables qui lui sont présentés. Dès lors, il convient d'éviter que des "explications" ou des "résumés" trompeurs profitent de cette incapacité. Les commentaires doivent être conformes à ce qui apparaît dans les comptes. Dans ce but, l'article 228 alinéa 2 de la loi de 1966 prévoit que les commissaires vérifient également la sincérité des informations données dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et dans les documents adressés aux actionnaires, sur la situation financière et les comptes de la société. Cette obligation nécessite déjà évidemment de contrôler les chiffres cités. Mais il convient en outre de s'assurer que les commentaires relatifs à la situation de la société correspondent bien à la réalité et ne sont pas de nature à en donner une fausse idée.

Cette intervention se limite toutefois aux seuls documents adressés aux actionnaires. Une extension serait souhaitable à toutes les informations qui émanent des dirigeants. Par exemple, dans la procédure d'offre publique d'achat, la société qui prend l'initiative de l'offre publie parfois des informations plus ou moins captieuses destinées à convaincre les actionnaires de la société visée de céder leurs titres.

Sans attendre une réforme des textes, la C.O.B. tente de pallier cette lacune lorsqu'elle est appelée à viser une note d'information. Se fondant sur la faculté dont elle dispose à l'effet de demander des explications ou des justifications, elle exige le contreseing des commissaires

(1) N'est-ce pas d'ailleurs ce qu'exprime l'article 230 - 1° loi : "Les commissaires aux comptes portent à la connaissance du conseil d'administration... les différents sondages auxquels ils se sont livrés". La méthode utilisée comporte nécessairement une marge d'erreur possible qui exclut d'imposer au commissaire une obligation de résultat. En ce sens : Du Pontavice, préc. p. 568 n°9 ; Heurteux préc. n° 487 ; note Y. Guyon sous Com. 2.7.1973 D. 1973-674.

(2) Exercice du commissariat aux comptes... préc. n° 146 p. 98.

en ce qui concerne la situation financière et les comptes (1). Toujours selon la Commission des opérations de bourse, il appartient aux commissaires de demander l'adjonction à la note d'information de toutes explications nécessaires à la bonne compréhension par le lecteur des chiffres et des documents comptables présentés et à leur comparabilité d'un exercice à l'autre. Les sociétés sont d'ailleurs invitées à associer leurs commissaires aux comptes à la préparation des projets de notes d'information.

Enfin, selon les termes de l'article 228 alinéa 3 de la loi de 1966 : "Les commissaires aux comptes s'assurent que l'égalité a été respectée entre les actionnaires". La publicité contribue précisément à cette égalité par l'information qu'elle réalise envers les membres de la société. Un doute subsisterait-il sur la présente interprétation qu'un second argument suffirait à le dissiper. Dans le cas d'une modification statutaire, l'article 7 alinéa 2 de la loi de 1966 déclare les commissaires responsables du préjudice causé tant par le défaut d'une mention obligatoire que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi ou les règlements. C'est dire l'importance du rôle des commissaires aux comptes dans la mise en oeuvre de la publicité : ils ont à vérifier que les dirigeants satisfont à leurs obligations en matière d'information.

B/ La mission d'information des commissaires aux comptes.

La finalité des vérifications opérées par les commissaires aux comptes est toujours une meilleure information. Les résultats auxquels elles aboutissent font l'objet d'une publicité (2). Le plus souvent, cette information renforce celle qui a déjà été secrétée par les dirigeants. Mais il arrive qu'elle se conçoive de façon autonome. Ainsi, l'assemblée générale des actionnaires statue sur les conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants au vu des seules conclusions des commissaires (3). Le cas reste toutefois isolé. Ordinairement, l'intervention des commissaires

(1) Instruction C.O.B. du 18.3.1969 remplacée par celle du 10.10.1970 ; obs. Houin R.T.D.Com. 1973 -567.

(2) Jacques Douézi. L'information sur l'entreprise : la mission des commissaires aux comptes. 1975.

(3) Art. 103 et 145 loi 1966 ; art. 92 et 117 décret 67.236. E. du Pontavice Rev. Soc. 1968 - 10.

aux comptes consiste à compléter en les cautionnant (1) des renseignements divulgués par la direction et à signaler les "irrégularités et inexactitudes" qui ont pu être constatées (2). A cet effet, les commissaires doivent établir chaque année, en vue de l'assemblée générale, un rapport écrit dans lequel ils relatent l'exécution de leur mission. Ce rapport, qualifié de rapport général, concerne l'ensemble de la vie sociale au cours d'un exercice déterminé. Il s'oppose aux rapports particuliers dressés à l'occasion de certaines modifications des structures juridiques ou financières de la société (3).

149

En conférant une telle mission d'information aux commissaires, la loi de 1966 rompt avec le système antérieur. Leurs rapports ne contenaient alors ni affirmation, ni renseignement. Mais n'y a-t-il pas désormais le risque de doubles emplois ? Le droit allemand l'évite. Des rapports détaillés sont adressés non pas à l'assemblée, mais aux organes de direction et de surveillance ; les commissaires ne communiquent aux actionnaires qu'une attestation de régularité et de sincérité (4). Néanmoins, la pratique française ne diffère guère. Sauf circonstances exceptionnelles et mis à part le cas de conventions conclues entre la société et un dirigeant, les commissaires se bornent traditionnellement à reproduire en les approuvant les indications données par les administrateurs. Une telle situation n'est pas à condamner. Il importe uniquement que les commissaires ne faillissent pas à leur devoir de contrôle. Qu'ils ne soient pas directement à l'origine de l'information reste indifférent pourvu que cette dernière existe.

150

Le commissaire aux comptes contribue donc à l'objectivité de l'information, condition nécessaire à l'exercice des pouvoirs que la loi attribue aux actionnaires et garantie des tiers. Le principe de l'interdiction de s'immiscer dans la gestion entrave toutefois son action (5). Certes,

(1) L'art. 230 de la loi de 1966 a institué une collaboration entre les dirigeants et les commissaires afin que les observations des seconds puissent être prises en considération par les premiers pour redresser éventuellement des erreurs. Direction et commissaires parviennent ainsi pratiquement toujours à un accord.

(2) Art. 233 al. 1 loi 1966.

(3) Voir infra n° 380.

(4) Thèse Y. Djian préc. n° 127.

(5) Orléans 22.11.1971, J.C.P. 1972-2-17154 note Guyon, Rev. Soc. 1973-130 note J.H., R.T.D.Com. 1972, 408 obs. Houin.

cette limite ne se situe pas tant au niveau de l'édification personnelle du commissaire aux comptes, puisque le champ de ses investigations est très vaste, qu'à celui de l'information qu'il dispense (1).

Mais il arrive que le contrôle des membres de la société doive dépasser l'aspect comptable et cela d'autant plus nécessairement que les pouvoirs de direction de la société se trouvent concentrés entre les mains de quelques uns (2). L'idée explique que le législateur vienne d'introduire en droit français un nouveau type de société anonyme qui dissocie nettement pour mieux les renforcer : pouvoir de gestion et pouvoir de contrôle. Un conseil de surveillance y exerce le contrôle permanent de la gestion sociale par le directoire (3). Ajoutant aux informations communiquées par le commissaire aux comptes, il présente à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice. Cependant, même avec cette structure sociale, il convenait d'aller plus avant. Membres du directoire ou du conseil de surveillance appartiennent toujours au même groupe des dirigeants. Les premiers sont nommés par les seconds. La solidarité qui les unit permet de suspecter leur indépendance réciproque. La réforme de 1966 a donc créé un mécanisme particulier qui échappe à cette critique : l'expertise de minorité.

151

Section 2 - L'expert de minorité.

La société est gouvernée par la majorité qui soumet la minorité à ses vues. Non contente de détenir le pouvoir, la première dissimule encore parfois à la seconde l'information, poursuivant délibérément une politique conforme à ses intérêts personnels. Tel peut être le cas au sein de groupes de sociétés lorsque des dirigeants négligent la société qu'ils administrent pour favoriser le groupe auquel elle appartient.

-
- (1) E. du Pontavice, Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes, n° 15, p. 313 ; E. du Pontavice, Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits, Rev. Soc. 1973 - 599 à 637.
(2) Thèse Djian préc. ; thèse Granger préc., n° 298, p. 357.
(3) Art. 128 al. 1 loi 1966.

Issue de l'incompétence et de l'indifférence des actionnaires, l'institutionnalisation progressive des fonctions dirigeantes consolide l'autoritarisme de la majorité (1). A ce renforcement répond le besoin d'une meilleure information et d'une protection plus efficace de la minorité (2). L'article 226 de la loi du 24.7.1966 tente d'y satisfaire en permettant à la minorité de concourir, sinon au pouvoir qui lui échappe, du moins à son bon usage par le contrôle du gouvernement du groupe majoritaire.

152

Lors des débats qui précédèrent le vote de la loi de 1966, certains parlementaires avaient suggéré que les actionnaires minoritaires pussent demander la désignation d'un commissaire spécial qui aurait exercé ses fonctions concurremment avec le ou les commissaires aux comptes nommés par l'assemblée (3). La proposition fut repoussée par le Sénat car, selon le rapporteur de la commission sénatoriale, elle créait deux sortes de commissaires aux comptes, alors que ces derniers sont nommés dans l'intérêt de la société pour préserver ceux des actionnaires et n'ont pas à défendre une majorité ou une minorité (4). A ce premier argument s'ajoutait la crainte de voir des minorités se constituer sans cesse pour désigner de nouveaux commissaires aux comptes (5).

Finalement, la protection des minorités a justifié une formule plus heureuse. Aux termes de l'article 226 de la loi de 1966 : "Un ou plusieurs actionnaires, représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. S'il est fait droit

-
- (1) G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, éd. 1951, n° 125 p. 276 ; J. Paillusseau, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse Rennes 1967 p. 25.
 - (2) Traité Ripert et Roblot, n° 1010 ; D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, thèse, Strasbourg, 1970 ; J. Hamel, La protection des minorités dans les sociétés anonymes, Revue Int^{le} de Droit commercial 1951 p. 677. J. Paillusseau, Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme. R.T.D. Com 1972 n° 55 p. 830.
 - (3) J.O. débats Assemblée Nationale 9.6.1965 p. 1896, séance du 8.6.1965. On aurait ainsi institué le mécanisme du droit espagnol : pour la nomination du contrôleur des comptes, un premier nom est proposé ; si son élection n'est pas acquise à l'unanimité, la minorité, statuant à la majorité, désigne un second contrôleur et son suppléant, pour autant que cette minorité représente le dixième du capital social versé (Art. 109 loi 17.7.1951).
 - (4) J.O. débats Sénat 28.4.1966 p. 332, séance du 27.4.1966.
 - (5) J.O. débats A.N. 11.6.1966 p. 195, séance du 10.6.1966.

à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert" (1). Ce serait déformer l'institution que d'y voir une sorte de concurrent, bien qu'occasionnel, du commissaire aux comptes. Les missions respectives de l'un et de l'autre diffèrent par leur objet. Il s'agit ici d'un nouveau procédé de contrôle des sociétés anonymes (2).

153 Sa création témoigne de la prise en considération de données sociologiques : l'existence, spécialement dans les grandes sociétés, de deux catégories d'actionnaires (3).

Les uns, habituellement peu nombreux, s'intéressent vivement à l'activité de l'entreprise sociale, alors que les autres se considèrent comme de simples créanciers de la société (4). Parmi les premiers, une nouvelle distinction doit être introduite entre ceux qui participent au gouvernement de l'entreprise et ceux dont l'ambition est d'y accéder. A ces derniers, certaines législations confèrent un statut juridique particulier lorsqu'ils sont organisés et représentent une fraction déterminée du capital social (5). Le législateur français s'engage dans cette voie par les dispositions de l'article 226 qui reconnaissent l'existence de groupes d'intérêts à l'intérieur des sociétés.

Jusqu'alors, les minoritaires pouvaient seulement obtenir l'annulation des délibérations dont ils établissaient le caractère abusif (6). La sanction demeure possible mais elle ne procure souvent aux demandeurs qu'une satisfaction de principe en raison de la difficulté d'effacer entièrement les effets d'un abus déjà commis. La réforme de 1966 a préféré prévenir les menées de la majorité et l'article 226 s'inscrit dans la ligne d'une série de mesures de protection des minoritaires qui procèdent

-
- (1) Y. Chartier, L'expertise de l'article 226 de la loi du 24.7.1966, J.C.P. 1972.1.2507 ; Contin et Hovasse, L'expert de minorité dans les sociétés par actions, D. 1971 p. 75 ; J. Hémard, Le droit pour les actionnaires minoritaires de demander une expertise pour certains actes de gestion, cahier jubilaire du 25^e anniversaire de la fondation de la Revista de Derecho comercial de Montevideo. 1971 p. 285 ; J.P. Sortais, Rapport sur l'expertise de l'article 226, G.P. 1975. 1-28.
- (2) Houin R.T.D.Com. 1970 p. 728 et 1972 p. 408.
- (3) Ripert, préc., n° 38 et s., p. 90 et s. ; P. Vigreux, Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes, théorie et réalité, Paris 1953, p. 31 et s. ; C. Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, thèse Rennes, 1962 p. 27 n° 27.
- (4) Thèse Champaud, préc., n° 118, p. 115 et s. ; J.K. Galbraith, Le nouvel Etat industriel 1967 p. 61 et s.
- (5) Thèse Schmidt préc. n° 10 p. 5.
- (6) M. Carteron. L'abus du droit et le détournement de pouvoirs dans les assemblées générales des sociétés anonymes. Rev. Soc. 1964, p. 161 ; Lesourd, L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblée générale, R.T.D.Com. 1962-1 ; Com. 11.10.1967 D. 1968 p. 136

de cette intention (1).

L'initiative mérite approbation. Il ne faut pas toutefois que résulte de l'octroi de droits à la minorité, une paralysie de la direction de la société. Un équilibre doit être recherché tant au niveau des conditions de nomination de l'expert, que de la mission qui lui est dévolue.

154

§ 1. Conditions de nomination de l'expert.

La loi prescrit aux demandeurs de représenter au moins le dixième du capital social (2). Cette exigence traduit la volonté de ne pas perturber exagérément le fonctionnement normal des organes sociaux mais la détermination du seuil a-t-elle été bien conçue ? La difficulté de réunir le pourcentage requis croît avec l'importance de la société. A se référer au montant minimum du capital social d'une société anonyme, la condition est aisée à satisfaire. Si l'on considère, en revanche, le montant

(1) Art. 225, 158 - 2° et 160 loi 1966.

(2) Pourcentage identique à celui prévu à l'article 225 pour la demande de récusation du ou des commissaires aux comptes, et à l'article 158-2° pour la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée générale.

T.C. Paris référés 15.10.1973 D.1974 p. 34 note Schmidt, Rev. Soc. 678 note J.H. ; Com. 10.12.1973 G.P. 15 et 16 mai 1974, J.C.P.1974-2 17805 note Y. Chartier, Rev. Soc.1974.336 note J.P. Sortais, R.T.D.Com. 1974 p. 299 n° 13 ; Bull. civ. 4 n° 355 p. 317. Cette dernière décision déclare irrecevable l'action formée par une association, alors même que celle-ci aurait été constituée en tant que groupement de défense par plusieurs actionnaires réunissant plus de dix pour cent du capital social : "Seuls les actionnaires ont qualité pour demander sous leur responsabilité la désignation prévue par le texte susvisé". Comme le relève Monsieur Sortais, le problème est de savoir si, en dehors de l'application de l'adage "Nul ne plaide en France par procureur", qui n'est pas ici en cause, l'exercice d'une action individuelle peut être confié à une association et si les titulaires d'une telle action peuvent se grouper pour l'exercer collectivement. Après l'avoir admis, la jurisprudence semble beaucoup plus restrictive. Et cette évolution reçoit une confirmation législative. L'article 245 de la loi du 24.7.1966 n'admet les actionnaires à se grouper que pour l'exercice de l'action sociale et non plus pour l'exercice de l'action individuelle, comme sous l'empire de l'ancien article 17 de la loi de 1867. Entre les organes de la société et l'actionnaire, il ne doit pas y avoir de "corps intermédiaires" au risque que ce refus retire à la protection des minorités la plus grande partie de son efficacité.

du capital des principales sociétés cotées en bourse qui dépasse quelquefois le milliard de francs et se situe souvent entre cent millions et un milliard, il peut y avoir là un véritable obstacle. La situation apparaît d'autant plus paradoxale que dans certains cas, les actionnaires majoritaires ne possèdent pas eux-mêmes dix pour cent du capital.

Le pourcentage exigé aurait dû varier en fonction de l'importance du capital social à l'image de la solution retenue pour la demande d'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées (1), sauf à vouloir réserver l'application des dispositions de l'article 226 aux petites et moyennes sociétés (2).

Une fois la condition de quorum satisfaite, l'expertise n'est pas accordée de plein droit. L'autorité judiciaire apprécie le bien-fondé et l'opportunité de la demande (3). En fonction de quels critères ? Les hésitations jurisprudentielles permettent de situer l'expertise de minorité dans l'ensemble de la publicité des sociétés commerciales en définissant son rôle exact.

155

A/ Rôle subsidiaire de l'expert de minorité par rapport au commissaire aux comptes.

Deux thèses sont en présence.

-
- (1) Art. 128 décret n° 67.236. Voir les notes de Mme N. Bernard sous Paris 15.3.1968 J.C.P.1969.2.1581 et sous Tourcoing 16.1.1970 J.C.P.1970 16424 : "Il est à noter que l'article 226 en exigeant que la minorité représente au moins le dixième du capital, est en réalité de nature à restreindre les droits de celle-ci dont l'action était auparavant admise sans condition de participation dans le capital. Il est paradoxal de constater qu'une simple action en information nécessite de telles conditions de représentation alors que l'article 245 de la loi de 1966 autorise les actionnaires, individuellement, à intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs". M. Guyon dans sa note, sous Paris 11.7.1969 J.C.P.1969-16081, éd. C.I. 87194, : "L'exigence d'une participation minimum n'est guère démocratique".
- (2) Thèse Schmidt n° 140 p. 101 et note 2 ; M. du Pontavice, Rev. Soc. 1968 p. 35 observe en ce sens que dans les sociétés cotées ou en tout cas faisant publiquement appel à l'épargne, la tutelle de la C.O.B. et la présence obligatoire de deux commissaires compensent l'effacement de la minorité. L'article 142 al. 2 du droit allemand manifeste plus de réalisme en exigeant le dixième du capital ou 2 millions de D.M.
- (3) L'alinéa second de l'article 226 commence en effet par la formule : "S'il est fait droit à cette demande". Ordonn.T.C. Rouen 30.4.1971 J.C.P.1971 éd. C.I. 10246 ; Journ. agréés 1971.222 note Moutier ; Rennes 22.5.1973 C.P.1973 2-700 note Peisse.

Selon une conception , l'expert de minorité aurait pour mission de suppléer une éventuelle défaillance des commissaires en place (1). La subsidiarité implique que les demandeurs aient préalablement et vainement tenté de mettre en oeuvre les autres moyens normaux de contrôle et d'information.

Cette thèse énonce comme postulat le caractère exceptionnel de l'expertise. Le conseil d'administration ou le directoire a le pouvoir d'agir au nom de la société ; la majorité décide et le contrôle appartient à des commissaires aux comptes dont les attributions sont déterminées précisément par la loi. Dès lors, le recours à un expert doit être exceptionnel et ultime car il risque de perturber le fonctionnement de la société et de discréditer les organes de gestion et de contrôle. Le groupe minoritaire doit invoquer des griefs précis. Le président du tribunal de commerce de Paris, dans une ordonnance du 11.12.1970, conclut qu'il ne peut s'agir que d'un procédé subsidiaire d'information et de contrôle : "Que cette enquête de gestion qui a pour but essentiel la protection des droits des minoritaires suppose donc, a priori, que ceux-ci soient systématiquement tenus à l'écart de la gestion ou n'obtiennent, sur leurs diligences, que des réponses fragmentaires ou insuffisantes quant à la marche des affaires sociales" (2).

En conséquence , le fait que les demandeurs aient pu obtenir régulièrement tous les documents auxquels ils ont droit constitue une fin de non recevoir à l'action. Cette exigence n'est pas sans rappeler la règle de l'épuisement préalable des recours internes que consacre le droit international public lorsqu'il s'agit de demander réparation d'un acte illicite commis par un Etat. L'ordonnance précitée relève que les actionnaires demandeurs avaient deux membres de leur famille au conseil d'administration de la société et que ceux-ci auraient pu les renseigner sur la marche des affaires sociales ; en outre, ils n'avaient pas assisté aux assemblées générales ordinaires annuelles depuis plusieurs années, étant ou bien représentés par les administrateurs membres de leur famille, ou bien absents.

-
- (1) Thèse Schmidt n° 140 p. 101, n° 224 p. 169, n° 269 p. 203. Contra : Houin R.T.D.Com. 1971 p. 376.
- (2) Référé T.C. Paris 11.12.1970. Journal des agrées 1971 n° 3 p. 82 , note Lyonnet, R.T.D.Com. 1971, 377 obs. Houin ; référé T.C. Rouen 30.4.1971 Journal des agrées 1971 p. 222 note Moutier, J.C.P. 1971 éd. C.I. n° 10246 R.T.D.Com. 1971 p. 717 obs. Houin ; Douai 10.7.1970 D. 1971-179, Rev. Soc. 1970 p. 662 note J.H., R.T.D.Com. 1971-375 : "ce texte permettant une immixtion dans les affaires privées et susceptible de gêner le fonctionnement de la personne morale, ne pouvait être appliqué qu'exceptionnellement seulement dans le cas où le groupe demandeur a des raisons de suspecter telles ou telles opérations de gestion".

Or, il est surprenant que ces actionnaires qui n'ont pas fait le nécessaire pour établir la preuve de leurs alarmes ou de leurs inquiétudes et qui ont eu toutes possibilités d'obtenir les renseignements susceptibles de leur donner connaissance de la marche sociale, viennent invoquer subitement le bénéfice de l'article 226 de la loi de 1966 "qui n'a été institué que pour la protection d'actionnaires mis à l'écart de la gestion, ayant épuisé tous leurs droits d'intervention aux assemblées et tous leurs droits de poser des questions".

L'ordonnance rejette donc la demande d'expertise . Elle indique seulement que, compte tenu des pertes subies par la société et des critiques formulées, "il appartiendra aux minoritaires de demander aux responsables sociaux et aux organes de contrôle à l'occasion de toutes assemblées souveraines prévues ou provoquées, tous éclaircissements qu'ils jugeront souhaitables et, à défaut d'obtenir ceux-ci mais en ayant usé de toutes diligences à marquer l'intérêt qu'ils portent à la vie sociale, de recourir à nouveau, le cas échéant, à la faculté offerte exceptionnellement par l'article 226 de la loi du 24.7.1966".

157

Sans nier le pouvoir d'appréciation dont dispose le président du tribunal, l'interprétation précédente apparaît critiquable car elle outrepassa le souhait du législateur. La loi ne confère ni expressément, ni implicitement à l'expertise un caractère subsidiaire qui exigerait l'épuisement préalable des autres moyens d'information. A propos de l'affaire de Douai précitée, Monsieur Du Pontavice fait remarquer qu'une telle attitude risque d'être un leurre (1). La pratique des sociétés permet d'affirmer que le président n'aurait certainement pas apporté les apaisements que les griefs auraient nécessités, et par ailleurs, les commissaires aux comptes n'ont pas à répondre aux questions des actionnaires. Un autre auteur ajoute à cet argument la crainte que la gestion de la société n'en soit paralysée car une décision prise, un accord signé impliquent parfois des orientations irréversibles. Toute perte de temps devrait être évitée (2).

(1) Art. préc. p. 40.

(2) Chartier, préc. n° 20. En ce sens : Orléans 22.11.1971 R.T.D.Com. 1972 p. 408 n° 18 obs. Houin, J.C.P. 1972 - 17154, Rev. Soc. 1973-130.

Ce qui est exact , c'est que la désignation d'un expert suppose la démonstration d'un intérêt pour agir. Tel n'est pas le cas lorsque le requérant bénéficie déjà en fait des informations qu'il réclame. Ainsi, une ordonnance du président du tribunal de commerce de Rouen du 30.4.1971 rejeta à juste titre la demande introduite par un administrateur chargé de la comptabilité de la société (1). Mais si précisément les opérations qui doivent faire l'objet des investigations de l'expert paraissent suspectes, il est probable que les moyens ordinaires d'information ou de contrôle seront inefficaces et c'est perdre du temps que de renvoyer les actionnaires minoritaires à tenter de mettre ces moyens en oeuvre avant de leur accorder la désignation de l'expert de minorité (2).

D'autant plus que l'expertise de minorité ne doit pas être considérée comme un succédané du commissariat aux comptes de minorité. Certes, les deux institutions se rejoignent, spécialement lorsque les résultats du contrôle traditionnel s'avèrent insuffisamment explicites. Mais leur assigner un rôle identique protégerait de façon limitée les actionnaires minoritaires. En aucun cas, les pouvoirs de l'expert ne pourraient être plus larges que ceux reconnus par la loi aux commissaires aux comptes, ce qui méconnaîtrait la distinction de leurs rôles respectifs (3).

158

B/ L'expert de minorité, organe autonome de contrôle des sociétés anonymes.

Le commissaire aux comptes a pour rôle principal et permanent de vérifier que les opérations de la société ont été enregistrées correctement en comptabilité, et que les évaluations, les dotations aux amortissements, les constitutions de provisions, les affectations aux réserves et les calculs de résultats ont été effectués selon les règles et principes juridiques, financiers et comptables applicables en ce domaine. Par contre, le commissaire ne doit ni s'immiscer dans la gestion, ni même

(1) Journal agrées 1971 p. 222 note Moutier, J.C.P. 1971 éd. C.I. 10246, R.T.D.Com. 1971-718 ; Colmar 20.1.1971, 2 arrêts, confirmant ordonnance du président du T.G.I. de Strasbourg des 8.6 et 9.7.1971, R.T.D.Com.1971 p. 378 ; Rouen 17.3.1970 G.P. 1970 2 - 236 ; ordonnance de référé Rennes 22.5.1973 G.P. journal du 4.10.1973 note Peisse.

(2) Obs. Houin R.T.D.Com. 1971 p. 378.

(3) J. Paillusseau, préc. n° 56, p. 832. Y. Guyon note sous Orléans 22.11. 1971 J.C.P. 1972-17154.

porter une appréciation sur la valeur de celle-ci (1).

Au contraire, l'expert de minorité établit un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion : examine les fins poursuivies, en détermine les conséquences, apprécie leur conformité à la politique générale de la société. Il apporte ainsi non seulement aux minoritaires, mais à l'ensemble des actionnaires, des informations relatives à l'opportunité des actes examinés quand les dirigeants ont omis de les en éclairer.

Une analogie existe avec le contrôleur de gestion du groupement d'intérêt économique (2), qui agit toutefois en permanence parce qu'étant le seul organe de contrôle. Dans la société anonyme, l'appréciation de la gestion appartient normalement au conseil d'administration ou de surveillance, tous deux issus de la majorité. Mais si toute la vie sociale repose effectivement sur la loi majoritaire, on doit exclure ce fondement pour le contrôle a posteriori (3). Par la nomination d'un expert, la minorité intervient pour éviter tout abus de droit ou irrégularité que masquerait une information insuffisante.

159

En dépit de la distinction de principe énoncée précédemment, rien n'interdit que l'expert puisse avoir une mission comptable doublant en quelque sorte celle du commissaire (4).

La thèse négative fut pourtant soutenue par les défenseurs à l'action dont eut à connaître la Cour d'Orléans le 22.11.1971 (5). Ils invoquaient, en premier lieu, la lettre de l'article 226 qui énonce que le rapport de l'expert porte sur une ou plusieurs opérations de gestion. Mais précisément, ne peut-on affirmer que la comptabilité n'en représente qu'un des aspects dont elle ne peut être dissociée ? Leur second argument portait de cette observation que confier à l'expert la vérification d'opé-

(1) Thèse Djian, préc. n° 136, p. 71. Van Ommeslaghe. Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé. Bruxelles 1960. Ce dernier auteur observe qu'il est pourtant fréquent que le contrôle des comptes et de gestion soit assuré par un même organe : contrôleurs en droit belge, sindaci en droit italien, commissaires en droit hollandais.

(2) Paillusseau préc., n° 59, p. 833.

(3) R. Plaisant et P. Delaisi, Rev. française de comptabilité, n° 34, janvier 74, p. 40.

(4) Thèse Schmidt, n° 224, p. 169.

(5) préc.

rations comptables déjà contrôlées par le commissaire revenait à critiquer la manière dont celui-ci s'était acquitté de sa tâche. Or les actionnaires minoritaires disposent d'une procédure spéciale, l'action en récusation, lorsqu'ils soupçonnent le commissaire de manquer de compétence ou d'impartialité.

Mais ces griefs n'emportent pas la conviction . Parce que la récusation doit intervenir dans un délai de trente jours à compter de la désignation contestée, elle ne saurait préjuger des besoins d'éclaircissements à venir ; en outre, puisqu'elle aboutit simplement au remplacement du commissaire, le nouveau titulaire ne dispose pas de droits plus étendus que l'ancien. On peut affirmer que la comptabilité ne représente qu'un des aspects de la gestion : la première s'efforce de donner une image de la seconde et ne peut en être dissociée. De surcroît, la définition de la mission du commissaire a laissé apparaître que celui-ci ne peut attester l'exactitude de toutes les opérations certifiées. Des contrôles approfondis peuvent donc être légitimement souhaités.

La jurisprudence abonde en ce sens. Ainsi, l'ordonnance précitée du président du tribunal de commerce de Tourcoing (1) : "Attendu que les actionnaires minoritaires qui, pour prévenir d'éventuels abus de majorité, sont en droit d'être pleinement renseignés sur la nature, la portée et les conséquences d'actes de gestion susceptibles de léser aussi bien leurs intérêts que ceux de la société, ne reçoivent qu'une information imparfaite du commissaire aux comptes dont les fonctions, déterminées notamment par l'article 228 de la loi, ne l'autorisent pas à s'immiscer dans la gestion sociale et, partant, à en apprécier l'opportunité ; que même si sa récusation était admise, en application de l'article 225, elle aurait pour simple effet de provoquer la nomination d'un successeur ne disposant pas de droits plus étendus ; attendu, au contraire, que la défense par les actionnaires minoritaires de leurs intérêts propres et des intérêts sociaux, qui ne porte aucune atteinte au principe de la souveraineté des assemblées générales et à la règle de la majorité, telle qu'elle est instituée par l'article 226, ne peut être efficace que dans la mesure où l'expert commis, dégagé de la contrainte imposée aux commissaires aux comptes, aura la possibilité de donner son avis sur tous les actes de gestion critiqués... que, loin de créer des risques d'indiscrétion, la publication du rapport d'expertise éclairera l'ensemble

(1) Ordonn. Tourcoing 16.1.1970 préc. ; Rouen 17.3.1970 préc. , Orléans 22.11.1971 préc.

des actionnaires sur des points déterminés, jusque là insuffisamment précisés par les organes sociaux, et leur permettra ainsi d'exercer un contrôle utile ; attendu que la comptabilité, dont l'objet essentiel est l'enregistrement des opérations commerciales et leur analyse, ne peut être dissociée de la gestion qu'elle traduit arithmétiquement".

En définitive, la solution retenue permet de résoudre un autre problème : celui de savoir si les droits à l'information prévus par la loi de 1966 sont énumérés limitativement ou ne constituent que des illustrations d'un principe supérieur formulant un droit général à l'information des associés ? Les intentions du législateur telles qu'elles se trouvent exprimées dans les travaux préparatoires ne fournissent aucune réponse directe. Mais le renforcement de la souveraineté de l'assemblée générale implique que chaque actionnaire puisse délibérer en connaissance de cause quelle que soit son appartenance à la majorité ou à la minorité. Le raisonnement n'est qu'esquissé et la conclusion doit être acceptée provisoirement sans plus de démonstration car la question est débattue essentiellement à propos de la détermination des pouvoirs des tribunaux (1).

§ 2. Exécution de la mission.

L'expert nommé par le tribunal a la charge de présenter un rapport qui doit être adressé aux minoritaires, au conseil d'administration ou au directoire selon le cas et au conseil de surveillance ; en outre, ce rapport doit être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité. Il s'agit normalement de l'assemblée ordinaire annuelle mais rien ne s'oppose à ce que cela soit une assemblée extraordinaire dont l'ordre du jour appellerait un rapport des commissaires (2). Cette destination particulière - l'information - n'implique pas toujours un dessaisissement total des tribunaux. La révélation par le rapport de faits délictueux ou la confiance

(1) Voir infra n° 189 et s.

(2) Terré, L'étendue de la mission de l'expert chargé par un tribunal d'apprécier la gestion, *Revue Economie et Comptabilité*, mars 1971 p. 5554. Contra : Hémard, *Rev. Soc.* 1971 p. 61.

qu'une majorité maintiendrait à une direction dont l'expertise aurait déterminé le caractère néfaste de la gestion pourrait ultérieurement susciter le déclenchement d'actions en responsabilité ou en abus de majorité. Quant aux tiers, s'ils ne sont pas avertis des résultats de l'action, du moins sont-ils informés de la nomination de l'expert. Aux termes de l'article 284 du décret de 1967, une copie de la décision rendue doit être déposée au dossier de la société, en annexe au registre du commerce. (1)

Il importe de déterminer l'étendue de la mission de l'expert de minorité ainsi que ses modalités précises.

162

A/ Etendue de la mission.

L'efficacité du rôle de l'expert de minorité dépend de l'ampleur de la mission qui lui est confiée. Doit-elle être restreinte à certains actes de la vie sociale très limités en nombre, ou s'étendre à l'ensemble de la gestion ?

163

La thèse extensive a été consacrée par l'ordonnance précitée du président du tribunal de commerce de Tourcoing en date du 16.1.1970. Selon cette conception, l'expert a vocation à examiner l'ensemble des opérations de gestion d'une société, par la communication de tous les documents sociaux afin de pouvoir donner son appréciation critique sur la marche de la société et ses perspectives d'avenir.

En l'espèce, la décision relève que pour mettre fin à des difficultés nées de l'exécution d'un contrat de fournitures, un accord était intervenu entre la société fournisseuse et l'acquéreur aux termes duquel ce dernier et plusieurs membres de sa famille devaient acheter un certain nombre de parts de la société cocontractante ; en outre, celle-ci avait promis le versement d'un dividende de dix pour cent à titre d'intérêts sur des fonds versés et une situation devait être offerte au fils de l'acquéreur. Celui-ci prétendait avoir versé le prix convenu, mais les intérêts promis n'avaient été réglés qu'une seule fois et au moyen d'une inscription en compte qui avait été convertie à l'initiative de la société en un prêt à long terme remboursable dans un délai de dix ans ; le fils n'avait quant à

(1) Décret n° 67.236.

lui, jamais obtenu sa situation. Par ailleurs, la comptabilité aurait présenté des anomalies quant à la réalité des bénéfices ou des pertes, aux amortissements, aux provisions pour créances douteuses, aux frais de personnel, de déplacement et de gestion... Les demandeurs, qui avaient acquis une participation de 18,60 % dans le capital déclaraient en conséquence nourrir les plus vives inquiétudes quant au sort de leurs intérêts et sollicitaient la désignation d'un expert à qui serait confiée la mission la plus étendue portant notamment, d'une part sur les conditions dans lesquelles ils avaient été amenés à prendre une participation dans la société, et, d'autre part, sur les opérations de gestion de celle-ci depuis la date où ils étaient entrés en rapport avec elle.

L'ordonnance fit droit à la demande et désigna un expert comptable avec mission : "d'examiner, décrire et éventuellement porter son appréciation sur les conditions exactes dans lesquelles les demandeurs ont été amenés à prendre une participation dans la société en 1967 ; d'analyser les opérations de gestion de la société depuis la date à laquelle les requérants sont entrés en rapport avec ladite société jusqu'à ce jour et, à cet effet, se faire remettre les livres, la correspondance, les factures, les textes des diverses décisions prises par les organes directeurs de la société dans leur intégralité et, d'une manière générale, sans aucune exception, tous les documents se rapportant à la marche de la société ; plus spécialement d'examiner si ces opérations ont été faites légalement et si elles n'ont pas été accomplies en totalité ou en partie, directement ou indirectement, en fraude des droits et des intérêts des requérants ; formuler son appréciation critique sur la marche générale de la société ainsi que sur ses perspectives d'avenir ; d'indiquer les raisons pour lesquelles la société défenderesse n'a pas tenu ses engagements au sujet des avantages qu'elle avait promis et consentis aux demandeurs ; plus généralement prendre toutes mesures qui pourront concourir à l'accomplissement de sa mission et procéder à l'audition de telles personnes qu'il lui plaise d'entendre".

Tout en admettant possible de limiter parfois l'expertise à un ou quelques actes de gestion, Monsieur Paillusseau (1) approuve une telle extension. Il faut bien se garder d'assimiler la gestion d'une entreprise à celle d'un patrimoine privé dans lequel figurent des opérations parfaite-

(1) préc. p. 835.

ment isolées et donc facilement appréciables en elles-mêmes. Dans une société, "la très grande majorité des décisions et des actes de gestion n'ont de sens et ne peuvent être appréciés que par rapport à la politique générale de l'entreprise et à ses objectifs. La gestion d'une entreprise est un tout et les décisions sont, pour la plupart, interdépendantes. Pour porter une appréciation sur une ou plusieurs opérations, il est donc en général nécessaire de les replacer dans le contexte qui est le leur et la mission de l'expert doit alors être considérablement élargie" (1). Cette possibilité d'intervention du juge se situe, ainsi qu'on l'a fait observer, dans la ligne de ce que peut jouer la magistrature dans l'application et même dans la modification des conventions, particulièrement en matière de sociétés (2).

165

Sans vouloir méconnaître la difficulté de distinguer, pour certaines opérations, entre l'appréciation de quelques actes et celle de l'ensemble de la gestion, il paraît pourtant impossible d'attribuer à l'expert une mission aussi générale. Cela dépasse les termes de l'article 226 et équivaut à substituer dans sa rédaction les mots "une ou plusieurs opérations de gestion" par "toutes les opérations de gestion" (3).

Un argument analogique renforce cette interprétation. L'article 226 s'inspire de dispositions existantes dans des législations étrangères, notamment la loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions ; or les articles 142 et 258 de cette dernière loi sont très restrictifs, ils ne permettent la désignation en justice d'un "contrôleur spécial" que pour une opération de constitution ou de gestion, ou en cas de sous-évaluation de certains postes d'un compte d'exercice, ou enfin lorsque le rapport annuel de la direction ne contient pas les indications exigées par la loi ou est incomplet.

En dernier lieu, à supposer admis un tel élargissement de la mission, il comporterait un double inconvénient. L'expert pourrait malaisément accomplir une tâche aussi étendue (4). Il en résulterait aussi un danger

(1) Dans le même sens : Note J.H., Rev. soc. 1970-302 ; P. Hébraud, R.T.D. Civ. 1970 p. 402 et 403.

(2) E. Massin. Rec. gén. lois et jurisprudence, Rép. Commaille 1970 p. 403.

(3) Mme N. Bernard note sous T.C. Tourcoing 16.1.1970 J.C.P. 1970-16424 ; note Doyen Hémard Rev. Soc. 1970 p. 306 ; obs. Houin R.T.D.Com. 1971 p. 376.

(4) Chartier n° 33 préc.

certain pour la bonne marche des sociétés. Une minorité d'actionnaires pourrait, à tout moment et même dans le cadre de litiges purement personnels, remettre en cause la gestion générale de la société. Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de leur conférer des pouvoirs aussi considérables.

La Cour de Douai, saisie en appel, se rallia à ces critiques et infirma l'ordonnance, conformément à la lettre de l'article 226 (1).

Mais la motivation de l'arrêt semble critiquable. Il ne convient certainement pas d'énoncer que l'expertise, dérogeant aux règles générales sur le contrôle des sociétés anonymes car "permettant une immixtion dans les affaires privées et susceptible de gêner le fonctionnement de la société, ne peut être appliquée qu'exceptionnellement".

Pareillement, les énonciations de l'arrêt précité de la Cour de Rennes du 22.5.1973 ne sont pas exemptes de tout reproche. Selon elles, l'expertise serait une arme défensive mise à la disposition des minoritaires lorsque les intérêts sociaux seraient menacés. Le rapport ne pourrait porter que sur une opération envisagée de nature à compromettre ces intérêts afin d'éviter qu'elle ne se réalise, ou sur une opération de même nature en cours d'exécution afin d'y mettre un terme. En revanche, cette dernière ayant cessé, la demande ne serait plus recevable.

L'affirmation ne semble pas conforme au texte de l'article 226 ni à son esprit. L'expert présente un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion sans distinguer entre celles passées ou à venir, achevées ou en cours. Une opération terminée a pu porter atteinte à l'intérêt social... L'expertise mettra en évidence la négligence éventuelle des dirigeants.

B/ Modalités d'exécution de la mission.

Aux termes de l'alinéa second de l'article 226, la décision de justice, si elle fait droit à la demande, détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert dont elle fixe les honoraires, ainsi que le mon-

(1) 10.7.1970 D.1971-179, Rev. Soc. 1970-662 note J.H., R.T.D.Com. 1971-375. Dans le même sens : Rouen 17.3.1970 - J.C.P. 1971 - 2 - 16606 note N. Bernard, G.P. 1970-236 ; T.C. Rouen. référé 30.4.1971 Rev. Soc. 1971-562 note J.H., journal agréés 1971-222, J.C.P. 1971. éd. C.I. 10426 ; Rennes 22.5.1973 G.P. 1973-2-700, R.T.D.Com. 1973 - 820 obs. Houin ; Paris 24.5.1974 G.P. journal du 15 au 17.12.1974 p. 6 note A.P.S. - Enfin, la Cour de cassation a retenu cette solution : Com. 25.3.1974. J.C.P. 1974 n° 17853 note Y. Chartier, D. 1974 somm. 100, R.T.D.Com. 1974 p. 540 n° 13.

tant de la provision dont le ou les demandeurs doivent s'acquitter (1).

168

En l'absence de précision des textes, faut-il se rapporter, quant à l'exécution de l'expertise de minorité, au droit commun ? Les pouvoirs de l'expert et les modalités d'exercice de sa mission dépendent de la réponse à cette question.

On admet généralement cette référence à l'expertise judiciaire. En effet, le code de procédure civile régit la forme de procéder devant les tribunaux de commerce (2). En conséquence, le déroulement de l'expertise de minorité doit respecter le principe du contradictoire. Toutes les opérations de l'expertise doivent être faites en présence des parties ou celles-ci dûment appelées (3).

Monsieur Guyon (4) doute du bien-fondé de la solution. Il lui paraît difficile d'imposer à l'expert des conditions ou des restrictions qui ne résultent ni de l'article 226 de la loi, ni de l'article 195 du décret. D'autant que trois caractères de l'expertise de droit commun ne se retrouvent pas ici. La mission de l'expert judiciaire consiste à éclairer une juridiction sur une ou plusieurs questions techniques. Pour apprécier la gestion, l'expert de minorité doit examiner les points de droit. Ensuite, l'expertise judiciaire, mesure incidente, suppose une demande principale. L'action fondée sur l'article 226 a un caractère principal (5). Enfin, l'expert judiciaire rend compte de sa mission au tribunal. L'expert de minorité adresse son rapport aux demandeurs, aux dirigeants, puis celui-ci est présenté aux actionnaires. La juridiction qui l'a prescrit n'en a pas connaissance.

-
- (1) La question de savoir qui doit supporter les frais de procédure n'est pas résolue. C'est aux demandeurs à en faire l'avance. Le juge des référés, dessaisi dès qu'il a procédé à la nomination de l'expert ne peut apprécier une demande de remboursement ; seul le tribunal dispose de ce pouvoir. En particulier, si le rapport révèle des fautes de gestion, les minoritaires incorporeront ces frais au montant des dommages intérêts qu'ils réclameront aux dirigeants.
- (2) Art. 642 du code de commerce. Traité Ripert et Roblot n° 1340 ; Houin, R.T.D.Com. 1970 - 733 ; question n° 13692 M. Arnaud, J.O. A.N. 6.10.1970 p. 4136.
- (3) Cass. Civ. 11.2.1902 D.P. 1902.1.159. Exceptionnellement, pourtant, les experts peuvent procéder à leurs investigations sans la présence des parties : ainsi pour prendre des renseignements destinés à compléter leur travail, Req. 15.11.1886 D.P.1887. 1.495 ; pour procéder à l'examen des documents que les parties ont été invitées à produire en vue de la défense de leurs intérêts, Soc. 23.4.1959 Bull. civ. 4 p. 423 ; pour consulter des documents chez un officier ministériel, Civ. 11.5.1960 G.P.1960.2.160 ; pour procéder à des travaux qui par leur nature excluent l'intervention des parties parce qu'incompétentes pour contrôler les agissements de l'expert. Civ. 21.7.1909 S. 1911.1.13.
- (4) J.C.P. 1972 n° 17154 préc.
- (5) L'article 195 du décret entretient toutefois une certaine confusion en attribuant compétence au président du tribunal de commerce statuant en référé. cf. infra n° 184.

Mais ainsi que le remarque l'auteur, "il reste à se demander pourquoi le terme expert figure dans l'article 226". Même s'il s'agit d'un accident législatif, il paraît difficile de ne pas lui accorder le sens précis qu'il a en droit commun (1).

169

Etendue des pouvoirs de l'expert. L'expert ne peut donner son avis que sur les points qui lui sont soumis. Cette circonstance explique la tendance des tribunaux à définir largement la mission, dans la crainte d'une omission. Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'en cas de difficulté, la partie demanderesse sollicite une extension des pouvoirs de l'expert. Dans le cadre ainsi déterminé, l'expert dispose des mêmes moyens inquisitoriaux qu'un commissaire aux comptes (2). Il peut notamment "se faire remettre les livres, la correspondance, les factures, les textes des diverses décisions prises par les organes directeurs de la société dans leur intégralité, et d'une manière générale, sans aucune exception, tous les documents se rapportant à la marche de la société", c'est-à-dire prendre connaissance de tous dossiers et documents comptables utiles (3). On doit regretter néanmoins que ses investigations ne puissent porter que sur les opérations de la société dans laquelle se trouvent les ~~minoritaires~~. En l'absence de textes, il ne peut mener son enquête auprès de la société mère ou d'une société du groupe (4).

170

L'institution de l'article 226 de la loi de 1966 contribue utilement à l'information des actionnaires en remédiant à une carence importante du commissariat aux comptes. Elle doit aider à l'appréciation souvent délicate de la politique sociale. Elle est d'ailleurs symptomatique des préoccupations actuelles du législateur. L'ordonnance du 23.9.1967 portant création du groupement d'intérêt économique établit un mécanisme identique. Son

(1) Le premier projet mentionnait, non pas un expert, mais un mandataire ad hoc (Séance A.N. 8.6.1965, J.O. déb. A.N. 1896). Expression impropre, car le mandataire est celui qui accomplit des actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui. Ici, il s'agit uniquement d'informer. Une partie de la doctrine préfère le désigner sous le vocable d'enquêteur spécial. Ripert et Roblot, n° 1340.

(2) Thèse Schmidt préc. n° 140.

(3) T.C. Tourcoing, référé, 16.1.1970, préc.

(4) J. Paillusseau préc. p. 836 ; Chartier préc. n° 37. Contra : Terré, Revue économie et comptabilité, mars 1971, p. 5554.

article 10 adjoint au contrôle des comptes celui de la gestion. L'expertise de minorité n'a pas une autre nature. Avec elle, les minoritaires disposent des moyens d'exercer un contrôle rigoureux de la direction par la majorité. Faut-il craindre désormais que l'opposition ne soit trop bien armée ? Le risque est mince. Il y a beaucoup moins de raisons de redouter un abus de minorité que de majorité. En particulier, il est regrettable que la majorité n'ait pas l'obligation de déduire toutes conséquences utiles des conclusions du rapport d'expertise. Sauf l'hypothèse exceptionnelle où peut être caractérisé un abus de droit, le pouvoir majoritaire est omnipotent (1).

Sur un plan plus général, tant l'action des commissaires aux comptes que celle de l'expert de minorité se révèlent imparfaites en raison de leur domaine : trop étendu pour l'une et singulièrement étroit pour l'autre. Les commissaires aux comptes ont la charge de vérifier la régularité de toute la vie sociale et spécialement celle de la comptabilité. En réalité, il serait vain d'escompter qu'ils puissent certifier une exactitude absolue. Ainsi, la méthode qu'ils utilisent pour la révision des comptes - la pratique des sondages - suffit à attester de la relativité de leurs travaux. Le champ d'investigation plus restreint de l'expert de minorité rend son intervention davantage crédible. Cependant les conditions de sa nomination font apparaître deux insuffisances : d'une part il s'agit d'un organe occasionnel, et d'autre part seuls des actionnaires peuvent solliciter son concours.

(1) Peut-être que le droit français aurait dû faciliter les recours judiciaires propres à faire cesser les défauts ou abus révélés par le rapport de l'expert. Une proposition de loi a été déposée en ce sens aux Pays-Bas. Voir : J. Maeijer, L'évolution du droit des sociétés anonymes aux Pays-Bas, article R.T.D.Com. 1970 - 314.

CHAPITRE II - LE ROLE DES AUTORITES EXTERIEURES A LA SOCIETE.

S'agissant de la mise en oeuvre de prescriptions légales, les tribunaux ont naturellement compétence pour trancher tous les litiges qu'elle suscite. Pendant longtemps, le pouvoir judiciaire fut même la seule autorité intervenante possible. Aujourd'hui, il ne jouit plus de ce monopole. Celui-ci a été entamé de deux manières différentes. La première est la conséquence de l'accroissement du rôle dévolu au registre du commerce en tant qu'instrument de publicité. Il a suffi d'investir le greffier de certaines prérogatives à l'effet de contrôler les formalités accomplies auprès du registre. La seconde résulte du particularisme des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Les problèmes qu'elles occasionnent ne pouvaient plus être aisément résolus par l'application des règles du droit commun. Cette constatation a déterminé la création de la Commission des opérations de bourse dont une des missions essentielles concerne l'information. L'apparition de ces nouvelles modalités n'a pourtant pas eu pour résultat un effacement corrélatif des tribunaux. Bien au contraire, il semble que ces derniers aient dû en retirer une impulsion nouvelle. Ils disposent en effet de moyens coercitifs que n'ont pas leurs "concurrents" et dont ceux-ci demanderont qu'il soit fait usage. Il est donc légitime d'attendre un afflux de saisines des tribunaux par rapport à ce qui aurait été si, comme auparavant, les parties privées avaient gardé seules l'initiative du déclenchement des instances.

Section 1 - Le contrôle de la publicité au registre du commerce.

A l'inverse du registrar anglais qui a le pouvoir de contrôle et de surveillance des actes déposés et qui peut les faire rectifier, le greffier en droit français avait traditionnellement un rôle purement passif à l'égard des pièces qui lui étaient remises. Il se bornait uniquement à les recevoir et à les archiver. Il ne disposait d'aucun droit de refus même s'il décelait des erreurs, sauf erreur en la forme : dans le régime de la loi du 18.3.1919 (1) le greffier pouvait seulement refuser d'opérer les ins-

(1) Art. 14.

criptions si les déclarations ne contenaient pas toutes les mentions légalement prescrites. Pour le reste, il n'avait qu'un rôle de conseiller officieux sans aucun pouvoir de coercition.

Le système établi présentait là une faille regrettable. De nombreuses irrégularités auraient pu être déjouées si le greffier en avait eu les moyens, alors qu'il devait en quelque sorte les consacrer (1). Le nouveau régime introduit par le décret-loi du 9.8.1953 et instituant un contrôle du greffier sauf appel aux autorités judiciaires y remédiet-il ? (2)

173

§ 1. Description du contrôle mis en place.

Lors de la réception d'une demande aux fins d'immatriculation ou de mention, le greffier doit s'assurer que celle-ci contient toutes les énonciations requises et qu'elle est accompagnée de toutes les justifications nécessaires (3). A défaut, il exige les déclarations omises et la production des pièces manquantes.

Depuis le décret n° 69-1177 du 24.12.1969, l'article 16 du décret n° 67.237 du 23.3.1967 dispose encore qu' "Il ne peut être procédé à l'immatriculation que si le déclarant justifie qu'il remplit les conditions prévues par les lois et règlements en vigueur pour l'exercice du commerce et s'il s'agit d'une société commerciale, que les formalités prévues par la législation et la réglementation concernant les sociétés commerciales ont été accomplies".

Sous sa responsabilité, le greffier vérifie la conformité des déclarations avec les pièces produites. Ce n'est que lorsque le dossier lui paraît régulièrement constitué qu'il procède à l'immatriculation ou à la mention requise. En cas d'inexactitudes ou s'il rencontre des difficultés dans l'accomplissement de sa mission, il en saisit le juge commis à la surveillance du registre (4). Ce magistrat tranche par voie d'ordonnance toute

(1) Obs. Jauffret, R.T.D.Com. 1951 p. 481 n° 7 ; Rép. Min. J.O. déb. A.N. 7.10.1950 p. 6891 ; cf cependant T.C. Rennes 23.1.1953 cité et critiqué in R.T.D.Com. 1953 p. 383 n° 6.

(2) N'est-il pas symptomatique d'observer que moins de deux ans après cette réforme, le décret-loi du 4.1.1955 portant modification du régime de la publicité foncière, a accru le rôle du conservateur des hypothèques qui contrôle la régularité formelle des documents soumis à publicité. Voir : Marty et Raynaud, Droit civil, tome 3, 1er volume. Les sûretés. La publicité foncière, édition 1971 n° 580.

(3) Art. 45 décret n° 67 237.

(4) Art. 45 al. 1 décret 67.237.

contestation entre le requérant et le greffier (1).

La véritable nature de ce contrôle apparaît si on le compare à celui du droit allemand. Le juge allemand opère une vérification au fond de l'exactitude des déclarations. Le greffier français ne peut s'ériger en juge de la valeur d'une situation juridique résultant d'un acte qui lui est soumis (2). Il veille uniquement à la concordance entre les mentions fournies et les pièces justificatives présentées même si le nombre et la qualité de ces dernières tendent à rapprocher les vérifications auxquelles le greffier a la possibilité de se livrer de celles que comporte une enquête au fond. Par ailleurs, une différence fondamentale avec le système allemand réside dans le caractère administratif, et non pas juridictionnel, de la décision du greffier (3).

174

Outre ce contrôle concomitant à l'accomplissement des formalités, existe la possibilité d'un contrôle a posteriori lorsque des irrégularités sont découvertes. Par voie d'ordonnance, le juge commis à la surveillance du registre, agissant d'office ou à la requête du procureur de la République ou même de toute personne intéressée, peut enjoindre d'effectuer une rectification ou requérir une mention complémentaire (4).

-
- (1) L'ordonnance est notifiée à l'assujetti par lettre recommandée avec accusé de réception et, si l'assujetti ne peut être touché, par exploit d'huissier. La notification indique le délai et la forme de l'appel ainsi que la nature, tribunal de commerce ou tribunal de grande instance qui en tient lieu, et le siège de la juridiction compétente pour en connaître. Art. 45 al. 2 et 3, décret 67.237. Com. 29.10.1964 G.P.1965-1-199, R.T.D.Com. 1965 - 359 n° 6.
- (2) T.C. Nice 21.1.1966 R.T.D.Com.1966 p. 59 n° 2.
- (3) R. Duroy et R. Kühlewein, De l'importance des inscriptions au registre du commerce en Allemagne. R.T.D.Com. 1955 p. 45.
- (4) Art. 46 al. 2, 47 et 49, du décret 67.237 modifié par le décret 68.26 du 2.1.1968. La notification de l'ordonnance contient avertissement d'avoir, dans les 15 jours qui suivent la réception, à former opposition à l'ordonnance qui, à défaut, devient définitive. Sous le régime antérieur : Seine 27.10.1959, G.P. 1960 - 1 - 68. Le tribunal statue sur l'opposition à charge d'appel dans le mois de la notification du jugement faite à la diligence du greffier. Paris 14.10.1961. R.T.D.Com. 1962 p. 37. Le droit anglais prévoit une procédure semblable au profit du Registrar. Après avoir prévenu la société, il peut demander au tribunal d'ordonner à celle-ci de se conformer à la loi - Art. 428 de la loi - Si l'ordre n'était pas respecté, il y aurait contempt of court susceptible d'entraîner pour les responsables amende et emprisonnement. Après avoir décrit cette procédure, également ouverte à tout actionnaire ou créancier, M. le professeur Tunc remarque qu'elle se révèle toujours fort efficace. Le droit anglais des sociétés anonymes, préc. p. 170 n° 114.

175

Le système établi par les textes paraît assez cohérent. Il devrait donner d'excellents résultats si, du moins, les greffiers prenaient le temps et possédaient les moyens matériels nécessaires pour accomplir la tâche qui leur est dévolue. L'efficacité du contrôle dépend, en effet, de sa mise en oeuvre. Or, de l'aveu même des intéressés, il ressort que les dispositions légales restent bien souvent lettre morte. La procédure d'inscription n'est pratiquement jamais utilisée et aucune radiation n'intervient d'office. Par exception, de simples lettres d'avertissement sont envoyées parfois aux assujettis en évitant la forme recommandée qui est jugée d'un coût trop élevé.

Le décalage entre le droit et le fait semble d'autant plus regrettable que dans le même temps, la première directive du Conseil des Communautés européennes du 9.3.1968 impose un renforcement du contrôle préventif appliqué à la constitution des sociétés, en contrepartie de la suppression quasi-totale des cas de nullité (1).

176

§ 2. Le contrôle préventif français au regard des dispositions de la 1^o directive européenne.

Pour se conformer à la proposition de directive publiée par la Commission des Communautés européennes le 21.2.1964 et adoptée par le Conseil le 9.3.1968, le projet de loi primitif soumis par le Gouvernement français au Parlement comportait un contrôle judiciaire préalable à la constitution de toutes les sociétés. Mais les débats parlementaires ayant fait surgir de très vives objections, le domaine d'application du texte gouvernemental fut alors réduit aux sociétés par actions et aux S.A.R.L. ; puis, le contrôle judiciaire fut remplacé par la présence obligatoire d'un notaire, et finalement le principe même du contrôle préalable fut abandonné. Il lui a été substitué une déclaration de conformité. Ce document est une déclaration des fondateurs et des premiers dirigeants de la société dans laquelle ils relatent toutes les opérations effectuées en vue de la constitution et par laquelle ils affirment que celle-ci a été réalisée en confor-

(1) L'article 11 de la directive abolit en principe les nullités, celles maintenues étant l'exception à la règle. "En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité". Il fallait donc instituer d'autres garanties. La directive les a voulues préventives et leur a consacré son article 10. Voir : Sinay G.P. 1971 p. 149 n° 28.

mité de la loi et des règlements (1).

Dans sa teneur originaire, la loi de 1966 n'en présentait pas moins de sérieuses garanties. D'une part, le caractère inexact ou incomplet de la déclaration effectuée par les fondateurs et les premiers organes avant l'immatriculation de la société au registre du commerce était sévèrement sanctionné. D'autre part, le législateur avait entendu que la déclaration substituée au contrôle fût disparaître de la même façon la plupart des nullités encourues pour inobservation des conditions de constitution.

Malgré cela, la non-conformité du texte à la proposition de directive n'échappait à personne. Ainsi, le rapporteur de la loi devant le Sénat déclarait : "La question n'est pas tranchée ; un jour ou l'autre il faudra y revenir, ne serait-ce que pour exécuter les obligations résultant des conventions internationales" (2). Le Garde des sceaux déposa alors un amendement qui tendait à permettre l'institution ultérieure du contrôle judiciaire dans les termes du projet originaire (3). L'amendement fut repoussé pour la raison que le Gouvernement disposait déjà en cette matière d'une délégation de pouvoirs (4). Dans une déclaration finale, le Ministre de la justice affirmait d'ailleurs l'intention du Gouvernement d'user de la délégation pour instituer ultérieurement le contrôle judiciaire. Mais après un remaniement ministériel et avec un nouveau Garde des sceaux qui avait marqué au cours des débats parlementaires son hostilité au contrôle judiciaire, l'oeuvre annoncée ne fut pas poursuivie (5).

Ultérieurement, lors de l'adoption de la directive européenne, les Etats membres acceptèrent expressément de considérer le mécanisme de la loi française du 24.7.1966 comme équivalent au contrôle judiciaire. Ce satisfecit de Bruxelles dispensait de l'adoption de toute nouvelle disposition de nature réglementaire ou législative (6). Le droit français fut pourtant modifié dans le sens d'une meilleure harmonie avec la directive. Le décret

(1) Traité Ripert et Roblot préc. n° 751 ; Bastian préc. n° 149 ; Houin et Goré préc. n° 19.

(2) M. Molle J.O. déb. Sénat 11.4.1966 p. 119 ; cité par Hamiaut, tome 3 p. 61.

(3) Amendement n° 4, J.O. A.N. 10.6.1966 p. 1922.

(4) Une loi du 14.12.1966 reconduite par celle du 6.7.1966 (G.P.1966.2.42) a donné délégation au Gouvernement pour prendre par ordonnance avant le 1.1.1970, date prorogée à nouveau jusqu'au 31.12.1972 par la loi du 26.12.1969, toutes mesures normalement comprises dans le domaine de la loi et nécessaires pour assurer l'application des directives de la Communauté économique européenne.

(5) Pleven, J.O. A.N., 1.6.1965, p. 1666, et 11.6.1965, J.O. p. 2151.

(6) Goldman, Précis de droit commercial européen, 1975, n° 634.

du 24.12.1969 a complété le décret du 23.3.1967 relatif au registre du commerce (1). Dorénavant, le greffier doit s'assurer que les formalités prévues par la législation et la réglementation concernant les sociétés commerciales ont été accomplies (2).

177

Analysant les textes actuels, un auteur conclut que le contrôle préventif se révèle efficace (3). Certes, l'article 45 du décret n° 67.237 du 23.3.1967, texte de base des pouvoirs du greffier et du juge commis à la surveillance du registre du commerce, n'a pas été modifié. Cependant, dès avant le décret du 24.12.1969, était décelable une amorce d'élargissement de la mission du greffier.

A cet égard, le contrôle prévu par l'article 20 du décret constitue un indice particulièrement significatif. Le requérant doit présenter le titre juridique justifiant de la jouissance privative du ou des locaux où il exerce son activité d'une manière normale. Si le texte se limitait à cette disposition, le greffier ne pourrait contrôler que la production du titre mais non sa conformité aux énonciations de la demande. Pourtant, la suite de l'article prévoit un contrôle plus approfondi : "Le cas échéant celui-ci (le titre) sera soumis dans les conditions prévues à l'article 45 à l'appréciation du juge commis à la surveillance du registre" (4).

Pour l'auteur, l'obligation de justifier selon l'article 16 pour l'immatriculation des sociétés "que les formalités prévues par la loi et la réglementation des sociétés commerciales ont été remplies", doit se

(1) Art. 16 al. 1.

(2) Traité Ripert et Roblot, n° 940-1 ; Goré. Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français du code des sociétés, R.T.D. Com. 1965, p. 269 ; R. Sinay. La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français, G.P. 1965-1-38, Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales Rev. Sociétés 1966 p. 246 ; C. Ducouloux - Favard ; Les vicissitudes du contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés. Revue soc. 1967-1, H. Rossi. Du contrôle judiciaire de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales, J.C.P. 1964. 2 - 1868 ; Dorat des Monts, Vers un droit européen des sociétés commerciales, J.C.P. 1965.1.1896.

(3) Sinay : G.P. 1971 p. 151 n° 38 et s.

(4) Se référant aux articles 45 et suivants du décret, la circulaire du 23.3.1967 rappelle que le juge commis à la surveillance du registre est juge de la réalité du titre. G.P.1967 - 1 - 209.

situer dans la même perspective que celle exigée par l'article 20. Peu importe qu'il ne soit pas dit ici, comme pour le titre juridique de l'article 20, que les productions seront "soumises dans les conditions prévues à l'article 45 à l'appréciation du juge commis à la surveillance du registre" car il ne paraît pas indispensable que cela ait été dit pour que cela soit. Enfin, il est possible d'arguer en ce sens de la circulaire de la chancellerie qui, pour un décret, a valeur de travaux préparatoires ; or, pour l'article 20, elle va plus loin que le texte et précise que le contrôle envisagé porte sur la réalité. Le doute qui plane sur cette réalité constitue une "difficulté" au sens de l'article 45 du décret. Ainsi, il y a certainement "difficulté" dès qu'au vu des productions exigées par le décret, le greffier constate une lacune dans les mentions des pièces produites ce qui laisse présumer l'omission d'une formalité et sans que les requérants réparent l'omission aussitôt qu'elle leur est signalée. Toujours selon cette opinion, même si les pièces exigées sont produites et contiennent toutes les mentions justificatives, des difficultés peuvent encore apparaître. S'il est vrai que le contrôle porte sur les formalités, il n'en est pas moins d'essence judiciaire et requiert par là un minimum de vigilance quant au respect des dispositions impératives de la loi. Les limites de la surveillance du registre du commerce par le juge commis ne peuvent être si étroites que de telles violations lui soient soustraites.

178

En réalité, cette conception traduit davantage un souhait qu'elle ne reflète la situation actuelle. La majorité de la doctrine s'accorde à considérer que la réforme est considérable en ce que le greffier devient juge de l'accomplissement des formalités, puisqu'il doit lui en être justifié, alors qu'auparavant il se bornait à enregistrer la déclaration des fondateurs. Il y aurait là un contrôle préventif administratif. Mais il ne peut s'agir tout au plus que d'un contrôle des formalités et non pas des conditions de fond de constitution de la société (1).

Effectivement, la tenue du registre du commerce par le greffier sous la surveillance du juge commis par le tribunal, ne suffit pas à qualifier le contrôle de judiciaire. Au premier degré, le contrôle prévu n'émane

(1) Hémard, Terré, Mabilat, La douzième réforme du droit des sociétés commerciales, Rev. Soc. 1970 p. 201 et 202 ; Houin, R.T.D.Com. 1970 p.1008 ; Bastian préc. J.C.P. 1967 - 2121 n° 160 ; Jauffret, R.T.D.Com. 1970 p. 95 ; Ripert et Roblot n° 940 - 1.

pas d'un juge comme en Allemagne ou même du tribunal comme en Italie. Quant à l'objet du contrôle, le greffier n'a guère les moyens de vérifier que les formalités de constitution de la société ont été régulièrement accomplies. En effet, comment le déclarant doit-il en justifier ? Essentiellement par la production des statuts de la société, des pièces annexes et surtout par la présentation de la déclaration de conformité dans laquelle les fondateurs ou les premiers membres des organes sociaux relatent toutes les opérations effectuées en vue de la constitution régulière (1).

Les auteurs concluent généralement que le complément apporté à l'article 16 alinéa 1 du décret de 1967 sur le registre du commerce perpétue la situation antérieure. A défaut de déclaration de conformité, la demande d'immatriculation est irrecevable. Mais dès lors qu'elle est déposée au greffe avec les statuts, le greffier doit l'accepter sans avoir à en vérifier le contenu et contrôler sa conformité avec la réalité. D'aussi faibles pouvoirs justifient mal la suppression corrélative de pratiquement tous les cas de nullité des sociétés par actions (et des sociétés à responsabilité limitée), ce qui se retourne contre la sécurité que cette abolition voulait garantir.

Section 2 - Le rôle du pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire constitue le recours normal propre à garantir aux bénéficiaires de l'information le respect de leurs droits. Dans la loi du 24.7.1966, on ne dénombre pas moins d'une trentaine de cas d'interventions du tribunal de commerce ou, plus souvent, de son président (2). Relativement à la mise en oeuvre de la publicité, il convient de déterminer les modalités de cette action. Quelles sont les autorités judiciaires compétentes et quels sont leurs résultats ?

(1) Art. 6 loi 1966.

(2) M^oM. Deleau - Deshayes, journal agrées, 1972, p. 131 et s., Les interventions des tribunaux et de leurs présidents dans l'application de la loi du 24.7.1966 sur les sociétés.

§ 1. Les autorités judiciaires compétentes.

Dans l'hypothèse où une société refuse toute communication ou n'effectue qu'une publication incomplète des documents, les autorités judiciaires ont compétence pour assurer le respect des dispositions légales. L'existence de sanctions renforce l'efficacité de ce contrôle. S'il y a urgence, le juge des référés peut intervenir. Dans le cas où il n'a pas été saisi, subsiste la possibilité de s'adresser aux tribunaux.

A/ Le juge des référés.

Les rédacteurs du code de procédure civile n'avaient pas estimé utile d'instituer un référé commercial tant ils avaient voulu faire de la juridiction consulaire une juridiction expéditive. Ils avaient seulement conféré au président du tribunal de commerce le droit de prescrire certaines mesures par voie d'ordonnance sur requête : ainsi, l'article 417 de l'ancien code de procédure civile (1) lui permettait d'autoriser une assignation à bref délai.

La procédure commerciale se révélait néanmoins beaucoup trop lente. En particulier, le défaut de célérité était ressenti lorsqu'il s'agissait de mettre en oeuvre le droit de communication préalable aux assemblées générales. D'importants dommages pouvaient en résulter (2). Certains tribunaux avaient été sensibles aux inconvénients de l'absence d'un référé commercial et tentaient d'y suppléer en admettant mutatis mutandis la compétence du président du tribunal civil pour statuer en référé sur des matières commerciales (3). Cette solution se heurtait cependant à la règle selon laquelle seul le juge émanant du tribunal compétent pour statuer sur le fond d'une demande peut connaître en référé des mesures urgentes qu'elle requiert. Mais tandis qu'en matière administrative le principe a valeur absolue (4),

-
- (1) Voir actuellement : art. 858 du code de procédure civile, tel qu'il a été refondu par le décret n° 75-1123 du 5.12.1975.
- (2) Ch. Cézair-Bru et P. Hébraud, *Traité théorique et pratique des référés et des ordonnances sur requête* - Tome 1 - Des référés n° 213 - 1938 ; D. Vignes, *Les pouvoirs du juge des référés commerciaux* R.T.D.Com. 1950 - 375.
- (3) Paris 7.6.1894 J.Soc1895 - 45 : à propos de la communication de la feuille de présence.
- (4) Civ. 19.2.1900 D.P.1900-1-506 ; T. conflits 19.5.1917 D.P. 1917-3-17.

il avait été considéré que l'incompétence du juge des référés comme celle des tribunaux ordinaires n'était que relative (1).

Puis le législateur intervint le 11.3.1924 afin de compléter le code de procédure civile (2) et donner désormais qualité au président du tribunal de commerce pour régler, dans les cas d'urgence, les litiges qui relèvent de la compétence de ce tribunal. A la différence de son homologue civiliste, le juge des référés commerciaux se voit interdire d'agir à propos des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, ce qui relève de la compétence exclusive du premier ; seule l'urgence l'autorise à intervenir. De surcroît, parce qu'émanation d'une juridiction d'exception, et l'étant également, sa compétence d'ordre public ne saurait être prorogée par les parties (3). Si le requérant souhaite obtenir une ordonnance dans des délais plus brefs, il peut en outre se prévaloir de l'article 858 du code de procédure civile aux termes duquel, dans l'hypothèse où la célérité est requise, le président du tribunal de commerce a la faculté de réduire les délais de comparution et de remise de l'assignation.

182

L'article 808 du nouveau code de procédure civile dispose que le juge des référés, en cas d'urgence, "peut ordonner toutes les mesures...". La formule ne peut pas être plus compréhensive. Mais il importe surtout de savoir quelles sont les décisions que peut prendre le juge des référés sans empiéter sur la compétence du tribunal. Pour tracer cette frontière, avant l'entrée en vigueur, le 16.9.1972, du décret du 9.9.1971 dont les dispositions ont été intégrées dans le nouveau code de procédure civile, l'article 809 de l'ancien code de procédure civile interdisait que la procédure de référé préjudiciât au principal (4). Ainsi fut-il jugé que la contestation relative à une demande de communication de documents avec la possibilité d'en prendre copie préjugait nécessairement le fond du droit et excédait la compétence du juge des référés (5).

(1) Civ. 17.5.1922 D.P. 1922.1.185 note Matter, S. 1922-1-267 ; Req. 23.11.1927 D.P. 1928.1.151 note Henry.

(2) Art. 417 ancien du code de procédure civile, devenu art. 872 du même code, suite au décret n° 75-1123 du 5.12.1975 instituant un nouveau code de procédure civile. Paris 16.1.1936 G.P. 1936-1-596.

(3) Paris 28.5.1947. J.C.P. 1948-2-4116.

(4) Com. 12.11.1951 D. 1952-57, R.T.D.Civ. 1952-101.

(5) Paris 21.3.1929 J. Soc. 1929-677 ; Paris 28.11.1924 S. 1924-2-49 note Rousseau.

Pourtant, une amorce d'évolution allait s'esquisser en jurisprudence pour battre en brèche ce principe. L'arrêt de la Cour de cassation du 15.11.1957 (1) devait confirmer une décision de la Cour d'appel de Paris, qui validait une ordonnance du juge des référés, laquelle nommait un mandataire de justice pour prendre copie des feuilles de présence. Or, en ordonnant une mesure sur laquelle on ne pouvait revenir, la décision enlevait tout intérêt à la possibilité d'engager ultérieurement une instance sur le fond du droit. L'ordonnance préjudiciait au principal. Pour justifier la décision, la Cour de cassation souligna que la contestation était dépourvue de caractère sérieux. Cette jurisprudence reprenait un arrêt du 10.11.1947 (2) qui cassa une décision d'appel de référé, motif pris de ce que si "Le juge des référés peut fonder sa décision sur le droit appartenant à l'une des parties", c'est à la double condition que ce droit ne puisse être sérieusement contesté et qu'il laisse aux juges du principal le soin de résoudre le litige dont il applique par avance la solution en raison de l'urgence. La Cour de cassation en précisant dans une formule subtile que le magistrat devrait se contenter d'apprécier "une apparence soit des droits, soit des pouvoirs", admettait l'impossibilité de ne pas examiner simultanément les positions juridiques respectives des parties. On concevait mal, en effet, une décision, quelle qu'elle fût, rendue sans tenir compte du fond du droit (3). La contradiction pouvait cependant être évitée. La communication des pièces ne constitue pas une fin en soi mais une mesure préparatoire destinée à permettre à l'intéressé de faire valoir ses droits. Elle s'apparente à une mesure d'instruction ou, selon l'expression du décret-loi du 30.10.1935 définissant les pouvoirs du juge chargé de suivre la procédure, à une mesure d'information. En réalité, la solution tendait à substituer la notion d'absence de contestation sérieuse à celle de préjudice au principal.

L'article 73 du décret du 9.9.1971, dont les dispositions ont été reprises par les articles 808 et 810 du nouveau code de procédure civile, a consacré précisément cette mutation : "Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les

(1) D. 1958-109 note Dalsace.

(2) D. 1947-529 rapport Lerebours Pigeonnière, note P.L. - P. ; S.1948-1-157 note P. Raynaud.

(3) Seignolle. De l'évolution de la juridiction des référés. J.C.P. 1954-2-1205.

mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Ce pouvoir s'étend à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé" (1).

183

Mais le changement est-il aussi radical que le libellé des textes tendrait à l'induire ? Assurément non (2). Les deux conséquences, autrefois déduites de l'interdiction de faire préjudice au principal, subsistent. En ce qui concerne l'efficacité de l'ordonnance : elle est toujours provisoire et n'a pas autorité de chose jugée au principal (3). Quant au principe de la contestation sérieuse, il avait déjà été dégagé avant la réforme. La véracité de cette analyse trouve d'ailleurs sa confirmation dans le rapport au premier Ministre qui précède le décret du 9.9.1971 : "les aménagements qui ont été apportés ne sont bien souvent que nuances par rapport à la règle de droit actuel ou présentation nouvelle destinée à traduire les conclusions d'une analyse doctrinale rationnelle de la loi ou de la jurisprudence". Au reste, s'il devait encore subsister quelques craintes sur ce point, Monsieur le professeur Perrot indique qu'elles seraient apaisées par une récente ordonnance de référé (4) dans laquelle il est dit que "les mesures susceptibles d'être ordonnées sont des dispositions provisoires de nature à remédier à un état de crise conflictuelle sans pour autant trancher le fond du litige, ni fixer les droits des parties".

184

Le droit des sociétés commerciales ne se contente pas de faire appel au droit commun mais instaure en certaines occasions une "procédure de référé" qui échappe aux conditions normalement exigées. Par exemple, l'article 195 du décret n° 67.236 attribue compétence au juge des référés pour connaître de l'action tendant à la nomination d'un expert de minorité. Or, l'urgence n'est pas essentielle pour en justifier la demande et il s'agit en l'occurrence d'une véritable action en justice (5). La formulation de l'ar-

(1) J.P. Rousse, *Feu le préjudice au principal*, G.P. 1972-2-539 ; du même auteur, *La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés*. La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés, G.P. 1974 - 37 ; R. Perrot, *La compétence du juge des référés*, G.P. 1974 p. 895 ; Hébraud, R.T.D.Civ. 1973 p. 160, n° 4 et 5.

(2) R. Perrot, *préc.* n° 16 ; Hébraud *préc.* n° 4.

(3) Art. 76, décret 9.9.1971, dont les dispositions ont été reprises par l'article 488 du nouveau code de procédure civile.

(4) T.G.I. Paris 11.4.1973.

(5) Une solution identique est énoncée par l'article 122 du décret précisant les conditions dans lesquelles un mandataire peut être désigné en justice à l'effet de convoquer l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme. Hémard, Terré, Mabilat *préc.* p. 100 ; Douai 11.2.1972 R.T.D.Com.1972 p. 405 obs. Houin, note critique D. Schmidt D. 1972 p.279.

ticle semble guère heureuse. Il aurait été préférable d'utiliser l'expression : Le président statue "comme en matière de référé" (1). A moins de se ranger à la conclusion de Monsieur Lyonnet pour qui il ne s'agit pas d'un "référé classique" mais d'un "référé de la loi" résultant d'une attribution expresse de compétence (2). L'ordonnance précitée du président du tribunal de commerce de Rouen en date du 30.4.1971 abonde en ce sens : "Une compétence particulière du juge des référés qui est étrangère aux règles normales de compétence de ce juge, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a urgence ou si l'enquête est susceptible de préjudicier au fond" (3).

Un raisonnement analogue peut être tenu à propos de la récusation des commissaires aux comptes de l'article 225 de la loi de 1966. Toutefois, dans ce cas, il y a urgence et la procédure, comme en matière de référé, a un caractère contradictoire. Mais, contrairement au référé de droit commun, l'ordonnance qui fait droit à la récusation est définitive. Sauf décision contraire du président du tribunal, le commissaire nommé en justice exerce ses fonctions jusqu'à la date prévue pour l'expiration du mandat du commissaire récusé. Peut-être faut-il voir là un indice supplémentaire de ce qu'un auteur a dénommé la transformation progressive de la juridiction des référés, normalement provisoire, en une juridiction contentieuse définitive (4).

(1) Guyon. Note J.C.P. 1969-2-16081. Cette rédaction est d'ailleurs celle qu'utilise l'art. 48 de la loi du 1.9.1948 ou l'art. 2 du décret du 4.12.1958 relatif à la création de servitudes de cours communes.

(2) Journal des agrées 1971. Note p. 91.

(3) C.A. Rouen 13.3.1970 préc. énonce une solution identique. "On ne saurait invoquer le défaut d'urgence, alors que la juridiction des référés commerciaux est investie d'une compétence spéciale et exclusive en la matière". L'arrêt ajoute cependant prudemment "qu'il y a toujours urgence à statuer sur l'opportunité d'un errement dont le but est de protéger les intérêts sociaux lorsque ceux-ci paraissent menacés". Commentant cette décision, M. le doyen Hémard note que ce motif peut paraître une réponse de normand, mais n'en estime pas moins certain que la compétence donnée au juge des référés ne nécessite pas que l'urgence soit établie. Voir cependant contra, à propos de l'art. 158 de la loi de 1966 : Riom 1.12.1972 R.T.D.Com. 1972 obs. critique Houin p. 925, Rev. Soc. 1973 - 332 - D. 1973-282 note Bousquet.

(4) J. Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés. La transformation de la juridiction des référés en juridiction contentieuse et définitive. J.C.P. 1955 n° 1228.

B/ Les tribunaux.

Dans le cas où le juge des référés n'a pas été saisi ou n'a pas cru devoir intervenir, demeure la possibilité de recourir aux tribunaux judiciaires. Mais l'inconvénient de cette voie traditionnelle qui constitue la raison même de l'apparition et du développement de la juridiction présidentielle interdit qu'elle puisse résoudre rapidement tous les problèmes suscités par la publicité. C'est d'ailleurs pourquoi les tribunaux de commerce n'ont généralement à connaître que des conséquences juridiques du non-accomplissement ou de l'accomplissement défectueux des mesures de publicité, à un moment où cette dernière a perdu toute son utilité. L'action des tribunaux s'exprime essentiellement au niveau des sanctions de la publicité. En vertu de la règle générale selon laquelle le président doit avoir une compétence à la mesure de celle du tribunal dont il émane, les mêmes principes animent ces deux juridictions.⁽¹⁾ Seules des considérations pratiques expliquent l'inadaptation de la seconde pour mettre en oeuvre directement l'information.

§ 2. Les pouvoirs des autorités judiciaires dans la mise en oeuvre de la publicité.

Les tribunaux ont pour mission de contrôler la mise en oeuvre de la publicité, c'est-à-dire de vérifier l'accomplissement des formalités légales édictées par le droit des sociétés et de s'assurer que l'information correspond à la réalité. Eventuellement, les constatations qui auront été faites justifieront le prononcé de sanctions. Mais la jurisprudence ne peut-elle aller au-delà ? Est-ce que les textes spécifiques au droit des sociétés ont limitativement énuméré les droits à l'information ? La question se pose déjà lorsque des dispositions étrangères à la matière prévoient certaines communications. Comment résoudre ce conflit ? Ensuite, en l'absence de texte, la jurisprudence ne peut-elle faire oeuvre prétorienne ?

(1) Depuis le 1.1.1976, en vertu de la loi n° 75.701 du 6.8.1975 complétée par le décret n° 75.1168 du 17.12.1975, au sein de chaque ressort de Cour d'appel un tribunal de grande instance vient d'être spécialisé en matière économique et financière : il est susceptible d'être saisi dans les affaires complexes pour les infractions mentionnées à l'article 705 du code de procédure pénale, c'est-à-dire notamment les infractions concernant les sociétés civiles et commerciales, la bourse et le crédit.

186 bis

A/ L'application des prescriptions légales édictées par le droit des sociétés.

Deux hypothèses doivent être distinguées selon que la violation des prescriptions légales a ou non un caractère irrémédiable. Ainsi, la mesure de publicité peut avoir perdu toute son utilité. Ce sera le cas chaque fois que la formalité inexécutée devait avoir pour but d'éclairer un consentement qui a été émis. L'autorité judiciaire ne peut plus alors agir autrement que par le prononcé d'une sanction (1). Par contre, son intervention a une nature toute différente lorsqu'elle doit permettre au destinataire de l'information d'exercer ses droits. Quels moyens peuvent être employés ? La contrainte, évidemment, mais elle n'est pas la seule mesure utilisable.

187

L'obligation de procéder à l'accomplissement de formalités de publicité s'analyse en une obligation de faire. Une exécution forcée en nature ne peut donc être envisagée. Conformément à l'article 1142 du code civil, cette obligation se "résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur".

Si la contrainte directe s'avère exclue, le juge peut user d'un procédé indirect, l'astreinte : condamnation du débiteur à payer au créancier une somme d'argent par jour de retard tant qu'il refuse d'exécuter son obligation. Créée par la jurisprudence au dix-neuvième siècle(2), l'astreinte a été consacrée par le décret n° 67.236 du 23.3.1967. Selon l'article 143, le juge des référés peut ordonner à la société, sous astreinte, d'effectuer certaines communications(3). Par son caractère comminatoire, l'astreinte s'analyse incontestablement en un moyen de contrainte propre à susciter le respect des formalités de publicité(4). En revanche, au moment de sa liquidation définitive, elle apparaît comme une sanction qui se résout par l'allocation

(1) Voir infra n° 422 et s.

(2) Req. 29.1.1834 ; grands arrêts n° 106.

(3) Ordonnance du président du tribunal de grande instance de Strasbourg du 26.9.1969 R.T.D.Com. 1970 p. 150.

(4) Savary en son "parfait négociant" rapporte qu'il n'était point rare, avant l'ordonnance de 1673, de voir des commerçants perdre volontairement leur procès plutôt que de communiquer leurs registres. L'astreinte serait de nature à vaincre pareille résistance.

cation de dommages intérêts (1).

188

Outre l'emploi de la contrainte et pour la compléter, les tribunaux peuvent prendre une mesure de nature conservatoire. Elle consiste à retarder le moment où la publicité doit perdre toute son utilité, c'est-à-dire à différer l'émission des consentements requis en attendant que l'information nécessaire pour les éclairer soit effectuée. Pratiquement, il s'agit du problème de l'ajournement d'une assemblée générale pour information insuffisante.

La question discutée à ce propos est de déterminer les personnes habilitées à l'invoquer. La loi de 1966 et les textes subséquents ne fournissent aucune solution. Auparavant, la doctrine et la jurisprudence admettaient sans difficulté qu'un vote majoritaire pouvait imposer le report de la réunion des actionnaires (2). La même faculté était accordée au conseil d'administration pour le motif que cet organe avait le pouvoir de convoquer l'assemblée et que le droit d'ajournement en constituait un corollaire (3). Rien ne paraît s'opposer à ce que ces principes soient conservés.

Faut-il accorder le droit de demander l'ajournement d'une assemblée à la minorité ? En vertu de la règle du parallélisme des formes, on devrait lui reconnaître cette prérogative chaque fois qu'elle est l'auteur de la convocation et lui refuser dans le cas contraire. Monsieur Schmidt (4), pour expliquer la solution de refus, se fonde sur ce que la demande d'ajournement ne peut être faite avant l'assemblée puisque celle-ci a précisément pour objet, par la délibération, d'éclairer les actionnaires sur la situation de la société et les mesures à prendre. En conséquence, toute intervention judiciaire serait exclue pour connaître d'une demande d'ajournement fondée sur un défaut ou une insuffisance de l'information. La délibération est en effet essentielle à l'assemblée et peut amener certainement des éclair-

(1) La Cour de cassation avait admis primitivement que lorsque les tribunaux liquidaient les astreintes, ils devaient justifier que le montant de celles-ci représentait le préjudice causé au créancier par l'exécution différée. Civ. 2^e, 27.2.1953 S. 1953.1.196. Depuis 1959, cette exigence n'est plus requise. Civ. 1^{er}. 20.10.1959 D. 1959-537 note Holleaux, S. 1959-225, J.C.P. 1960-2-11449 note P. Mazeaud, R.T.D.Civ. 1959-778 obs. Hébraud et Raynaud.

(2) T.C. Seine 18.12.1904, J. Soc. 1905 - 163 ; Paris 28.1.1928, J. Soc. 1930-156, Rev. Soc. 1928-360.

(3) T.C. Seine 16.10.1901, J. Soc. 1902-78 ; Paris, 12.4.1902, D. 1906-2-345 note Levillain.

(4) Thèse préc. n^o 142.

cissements. Encore faut-il remarquer néanmoins que toute information est vaine, tout débat exclu si les actionnaires n'ont pas eu le temps de prendre connaissance des documents qui précisément devaient être discutés à l'assemblée. Sinon comment justifier que la loi ait prévu un droit de communication préalable ? Refuser au juge le droit d'agir avant la tenue de l'assemblée contraindrait les actionnaires aux graves inconvénients d'un contrôle a posteriori puisque par suite du défaut d'information l'annulation des résolutions pourrait être obtenue. Pendant longtemps, la jurisprudence n'eut pas à se prononcer sur ce point précis mais lorsque des contestations s'élevaient sur la propriété de titres, elle avait souvent admis l'ajournement de l'assemblée (1). Or, il n'y a guère de différence pour un actionnaire désireux de participer à la délibération entre l'impossibilité d'accès à l'assemblée et le défaut d'information.

Une ordonnance du président du tribunal de grande instance de Strasbourg a admis la solution (2). Elle a, d'une part enjoint sous astreinte la communication de documents préalablement à l'assemblée générale, et d'autre part décidé d'ajourner l'assemblée générale pour permettre aux actionnaires d'en prendre connaissance. Ultérieurement, les motifs d'une décision de la Cour de Paris du 21.3.1974 (3) ont confirmé le principe : "Considérant sur la demande de sursis à l'assemblée générale extraordinaire que l'article 226... qui se limite à organiser le droit à l'information des actionnaires minoritaires, ne donne pas pouvoir à la juridiction des référés d'intervenir dans le fonctionnement normal des organismes sociaux ; que seule une inobservation qui n'est pas invoquée des prescriptions légales relatives à ce fonctionnement est de nature à justifier une intervention judiciaire ; qu'il n'est en l'état reproché ni la violation des règles applicables à la réunion de l'assemblée, ni celle des droits d'information des actionnaires" La mesure doit être approuvée car elle complète utilement le recours ouvert à l'actionnaire qui se heurte à un refus de communication.

(1) Req. 25.11.1929 Rev. Soc. 1935-65, S. 1930.1.241 ; Paris 10.3.1933 J. Soc. 1934-442 note Bosvieux ; Douai 20.7.1933 J. Soc. 1934 - 442, note Bosvieux, référé T.C. Seine 13.2.1953 J.C.P. 1953-2-7680 note J.R., éd. C.I. 51469, G.P.1953.1.368, J. Soc.1956-281, jugé, dans ce cas, que l'ajournement s'imposait parce que l'assemblée qui se serait tenue avait toutes les chances d'être ensuite annulée. L'ajournement avait donc pour résultat de réserver le droit des parties jusqu'au moment où il serait statué sur la propriété des actions litigieuses. Com. 9.5.1961 Bull. 3 n° 203, p. 177 - Paris 1.12.1961 J.C.P.1962 éd. C.I. 69724, R.T.D.Com. 1961-868, Rev. Soc. 1963-64, cet arrêt estime cependant que l'ajournement ne peut être ordonné, en cas de contestation sur la propriété des titres, que s'il est démontré que l'absence des porteurs de ces titres à l'assemblée serait de nature à rendre irrégulières les décisions qui y seraient prises.

(2) 26.9.1969 R.T.D.Com. 1970-150. obs. Houin.

(3) G.P. 1 au 3 Juin 1975 p. 9 ; Rev. Soc. 1975 - 471 note Chartier.

B/ Les tribunaux peuvent-ils accorder un droit de communication plus large que celui prévu par le droit des sociétés ?

De ce que la loi du 24.7.1966 et le décret n° 67.236 ont réglementé minutieusement le droit de communication des informations sociales en ce qui concerne tant son étendue que la manière dont il peut être exercé, on serait tenté de déduire que le législateur a estimé ces dispositions suffisantes. Certains dirigeants de sociétés considèrent d'ailleurs volontiers que le domaine du secret des affaires commence là où s'arrête la documentation légale (1). Effectivement, les documents sociaux qui doivent être publiés dans certains journaux ou adressés au public, et ceux qui doivent pouvoir être consultés au siège social ou au greffe du tribunal de commerce sont énumérés limitativement (2). Les actionnaires ou les tiers ne sauraient exiger de pouvoir en consulter d'autres.

Mais cette proposition a-t-elle pour conséquence d'interdire absolument de prendre connaissance d'informations non visées par la réglementation du droit des sociétés ? La jurisprudence ainsi que la doctrine ne se sont jamais résolues à une telle rigueur. L'information peut encore résulter de la mise en oeuvre de textes généraux ou de l'oeuvre prétorienne de la jurisprudence.

Avant d'en entreprendre l'étude, une remarque s'impose afin de dissiper une confusion généralement commise. Des auteurs (3) ont souvent présenté comme constituant une dérogation au caractère limitatif de l'in-

(1) Allocation du président directeur général de la Compagnie financière de Suez et de l'Union parisienne à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire annuelle du 22.4.1969 : "Les renseignements nouveaux donnés par les sociétés mises en vedette sont, certes, de nature à exercer une influence dans le sens d'une meilleure information générale. Mais il n faut pas se dissimuler que l'information dans tous les domaines n'est pas forcément un bien et que, en matière industrielle notamment, la divulgation de certains procédés ou de certains accords peut avoir pour effet d'entraver, dans l'avenir, l'essor des sociétés qui y ont été entraînées". Le Monde 26.4.1969.

(2) Houin, R.T.D.Com. 1961-867, 1963-331, 1964-113, 1965-865 ; Hémar, Terré, Mabilat tome 2 n° 287 ; Paris 25.5.1963 G.P. 1963-2-301 ; pourvoi rejeté par Com. 17.5.1965 J.C.P. 1966-2-14647 note R.J. ; Bull. n° 320 p. 291, D. 1965-821 . Contra : Pau 24.5.1961 D. 1961-727, obs. crit., R.T.D.Com. 1961-866.

(3) A. Dalsace note sous Com. 10.2.1969 D. 1969-526, Bull. n° 51 p. 53 R.T.D.Com. 190-151.

formation légale la jurisprudence (1) qui "interpréta extensivement" les textes en jugeant, par exemple, avant la réforme de 1966, que le compte de pertes et profits devait comporter le détail des frais généraux, alors que l'article 35 de la loi de 1867 exigeait "uniquement" que ce compte indiquât sous des rubriques distinctes "les profits ou les pertes de provenances diverses". S'agissait-il bien d'une extension, ou n'était-ce pas plutôt une exacte application de la loi ? L'information que celle-ci prévoit doit être significative. Il appartient aux tribunaux de s'en assurer et de définir les conditions dans lesquelles les documents sociaux publiés satisfont à cet impératif.

Par ailleurs, rien n'interdit qu'un tribunal, dans le cadre d'un litige dont il est saisi, ordonne une expertise dans les formes et conditions du droit commun pour sa propre édification s'il s'estime insuffisamment informé (2).

Beaucoup plus délicate est la démarche expresse des actionnaires voire des tiers auprès des tribunaux pour solliciter une information en dehors des prévisions du droit des sociétés. C'est en effet à ce moment que le "secret des affaires" est opposé avec la plus grande vigueur. Les développements ultérieurs se situent dans cette perspective.

191

Une première extension de l'information normalement prévue par le droit des sociétés se fonde tout simplement sur les dispositions de l'article 14 du code de commerce selon lesquelles : "La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite".

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré que l'évaluation d'un patrimoine familial imposée par la loi pour la liquidation et le partage d'une succession, ne saurait se heurter aux limitations

-
- (1) Lyon 21.5.1951 D. 1952 somm. 4, S. 1952-2-173 note A. Dalsace, J.C.P. 1951-2-6547, note D.B. ; puis arrêt interprétatif : Lyon 12.5.1952 J.C.P. 1953-2-7344 note Bastian, J. Soc. 1952-269 note Granger ; pourvoi rejeté par Com. 9.2.1954 D. 1954-241, S. 1954-1-160, J.C.P. 1954-2-8049 note Bastian ; T.C. Seine 15.1.1953 D. 1953-312 note Tunc.
- (2) Rouen 25.5.1973 Bull. Joly, septembre 1973, p. 501 ; Bull. des commissaires aux comptes, 1973-490 ; R.T.D.Com. 1974-115 obs. Houin.

du droit de communication des documents sociaux instauré par le droit des sociétés (1). Mais la motivation de l'arrêt recèle une certaine ambiguïté. La Cour prend en considération l'intérêt des demandeurs à connaître la valeur exacte de l'actif social afin de satisfaire leur droit à un partage égal. La communication sollicitée ayant eu pour seul objet de déterminer le juste prix d'actions, il est possible de se demander si la question aurait été posée en termes identiques pour des titres cotés ? Certes, la valeur boursière dépend de bien des facteurs subjectifs. Elle est sujette à des fluctuations et on constate à l'occasion de certaines opérations comme les offres publiques d'achat qu'elle ne sert pas de référence. De surcroît, les spécialistes financiers s'accordent pour estimer qu'elle ne correspond pas à ce que serait la valeur liquidative du patrimoine social. Cependant, le cours boursier équivaut à la valeur vénale du titre. D'ailleurs, les actions inscrites à une cote officielle et qui appartiennent à des mineurs sous tutelle peuvent être négociées en bourse alors que des titres non cotés ne peuvent être vendus de gré à gré que sur rapport d'un expert désigné par le juge des tutelles (2). Pareillement, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 29.5.1964 (3) a déclaré inopposable à des héritiers réservataires la clause statutaire classique qui stipule que les héritiers doivent, pour l'exercice de leurs droits, s'en rapporter aux inventaires sociaux et aux décisions d'assemblées. Le motif principal de cette décision est que la qualité d'héritier réservataire confère un droit propre, indépendant de toute notion de continuation de la personne du défunt actionnaire. Les héritiers étaient par conséquent bien fondés à se prévaloir de l'article 14 du code du commerce.

Ces diverses solutions ont été rendues alors que la loi de 1867 était encore applicable. Depuis la réforme de 1966, aucune décision de ce type n'est, semble-t-il, intervenue. Dès lors on est fondé à se demander si la jurisprudence antérieure se maintiendra ? Cela ne paraît guère douteux.

(1) Com. 10.2.1969 D. 1969 526 note Dalsace, R.T.D.Com. 1970-151, Bull. n° 51 p. 53. Dans le même sens : Bordeaux 21.1.1935, Rev. Soc. 1935 83 : "Attendu que la loi du 24.7.1867, article 35, n'a pas fait une énumération strictement limitative des moyens de contrôle mis à la disposition des actionnaires qui peuvent lorsqu'ils justifient d'un intérêt sérieux, obtenir du tribunal de commerce la communication des livres ou documents relatifs aux affaires de la société, conformément à l'article 14 du code de commerce".

(2) Art. 459 dernier alinéa du code civil.

(3) J.C.P. 1965-2-14301 note Voirin.

Même si le législateur a considérablement développé le droit à l'information, la communication judiciaire conserve un intérêt. En effet, les textes nouveaux ont seulement défini les renseignements que la société doit divulguer en tout état de cause et dont toute personne peut connaître sans avoir à justifier d'aucun motif. La publicité prévue par l'article 14 du code de commerce nécessite au contraire un recours judiciaire. Ayant un domaine propre, à un moment où l'information devient plus impérieuse, cette dernière disposition ne saurait s'effacer devant la réglementation particulière aux sociétés. Tout au plus faut-il remarquer que l'essor de l'information légale tend à réduire les occasions d'en appeler aux juges.

92

Au profit des actionnaires, une jurisprudence traditionnelle acceptait qu'une extension encore plus grande de l'information pût être obtenue judiciairement. Le principe avait été reconnu dès 1872 (1). Un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, rendu en matière de société en commandite par actions, estima que le droit de communication des actionnaires, tel que prévu par la loi, n'excluait pas une information plus étendue. Mais la motivation de la décision était critiquable en ce qu'elle se référait à un droit de copropriété de l'actionnaire sur l'actif social lui donnant incontestablement la possibilité de veiller à sa conservation et de vérifier la situation exacte de la société. Or, la personnalité morale de la société interdit la reconnaissance d'un tel droit qui ne peut exister qu'après la dissolution. Néanmoins, personne ne contestait la solution au fond à partir du moment où l'actionnaire justifiait d'un intérêt sérieux, c'est-à-dire lorsqu'il établissait la nécessité d'obtenir une information pour assurer sur un point précis la défense de ses droits vis-à-vis de la société (2).

Ici encore, il convient de s'interroger sur le maintien de cette position depuis la réforme. Une réponse négative pourrait se justifier par deux arguments. D'une part, la loi de 1966 et son décret d'application ont

(1) Req. 3.12.1872 D.P. 1873-1-191. Même sens : Lyon 5.6.1920 D-1920-2-68 : "que copropriétaire du capital social, il (l'actionnaire) a le droit indiscutable de veiller à sa conservation et de vérifier quelle est la situation exacte de la société ; que sans autoriser des investigations abusives, les tribunaux peuvent cependant, en présence d'un intérêt sérieux et légitime, ordonner des communications autres que celles visées dans l'article 12 de la loi du 24.7.1866".

(2) Paris 24.3.1926 J. Soc. 1927-100 ; T.C. Bordeaux 7.4.1932, Rev. Soc. 1935-80.

minutieusement réglementé le droit à l'information des actionnaires. D'autre part, l'article 17 de la loi de 1966, édictant que dans les sociétés en nom collectif "les associés non gérants ont le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux...", n'est pas reproduit parmi les dispositions relatives à la société anonyme, ce qui semblerait indiquer une intention du législateur d'écarter cette faculté dans ce type de société. Si séduisant soit-il, le raisonnement se heurte pourtant à des objections décisives. Déjà, du point de vue méthodologique, il est hasardeux de fonder exclusivement une conclusion sur des interprétations a contrario. Mais, surtout, des raisons de fond justifient l'abandon de cette thèse. L'assemblée des actionnaires demeure l'organe souverain de la société anonyme (1). Il est impératif que chacun de ses membres puisse délibérer en pleine connaissance de cause et dispose donc de toute l'information nécessaire à cette fin (2). Les textes ont énuméré les documents qui contribuent normalement à la réalisation de cet objectif. Ils peuvent s'avérer insuffisants. Rien n'empêche alors que les tribunaux viennent en compléter la liste si l'information est à ce prix. Aucun droit à un prétendu secret ne saurait s'y opposer. Sinon, comment expliquer que l'expert de minorité agissant pour les actionnaires ait la possibilité d'enquêter et de rédiger un rapport sur n'importe quelle opération de gestion sans restriction ? Pareillement, le droit pour les actionnaires d'inscrire toute question de leur choix à l'ordre du jour implique qu'ils reçoivent les renseignements indispensables pour délibérer utilement.

Ces raisons ont une valeur accrue lorsque l'actionnaire ajoute au risque de compromettre ses apports celui d'engager sa responsabilité par un mauvais exercice de la fonction d'administrateur, par exemple, qui a pu lui être conférée. L'accomplissement d'une telle mission exige d'être parfaitement informé des affaires sociales. Or, le droit français ne se préoccupe aucunement de la situation qui se rencontre chaque fois que coexistent au sein d'une société ce que M. Chamboulive dénomme dans sa thèse les dirigeants "intérieurs" et "extérieurs". Les derniers sont ceux qui se conten-

(1) Rép. Min. J.O. déb. A.N. 15.1.1972 p. 105 et 106.

(2) Art. 162 alinéa 1 loi 1966 : "Le conseil d'administration ou le directeur, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société".

tent d'assister aux réunions de la direction sans prendre une part active à la gestion sociale (1). L'auteur observe qu'ils ont certainement connaissance des sujets qui sont discutés au cours des séances ; sans doute ont-ils également la possibilité de demander des éclaircissements, mais là se bornent les informations qu'ils peuvent obtenir. Finalement, ils n'en savent pas beaucoup plus que les actionnaires. Aussi le droit américain leur reconnaît le pouvoir absolu de prendre communication et copie de tous les livres, documents et archives de la société. Cette prérogative est très étendue puisqu'elle subsiste même après la cessation des fonctions afin que le dirigeant puisse répondre aux reproches qui pourraient lui être adressés (2). On doit penser que les tribunaux français accepteraient d'octroyer de tels droits à des dirigeants si quelque obstacle entravait leurs investigations.

193

La communication judiciaire d'informations parachève l'édification des tiers ou des actionnaires. La juridiction saisie apprécie de quelle manière satisfaction doit être donnée au demandeur. Ce faisant, un principe essentiel ne doit jamais être perdu de vue : il faut éviter que l'instance ait pour conséquence de permettre à certaines personnes l'utilisation abusive d'informations privilégiées. Si un tel risque était à craindre, il conviendrait que soient ordonnées toutes mesures propres à diffuser largement les renseignements en cause afin qu'aucun intéressé ne les ignore.

194

Le pouvoir judiciaire constitue l'ultime recours des bénéficiaires de l'information quand ils éprouvent quelque motif d'insatisfaction. A vrai dire, son intervention apparaît aléatoire lorsqu'il s'agit de mettre un intéressé en mesure d'exercer ses droits. Celui-ci n'aura déjà l'idée de saisir la justice qu'en présence d'une violation caractérisée qu'il a pu déceler. De surcroît, il hésitera peut-être à exposer les frais d'une instance. Pratiquement, les tribunaux contribuent à la mise en oeuvre de l'information de façon indirecte, par la menace de sanctions, sans pouvoir généralement empêcher des énonciations tendancieuses, incomplètes ou obscures.

(1) "Inside et outside directors", thèse J. Chamboulive, La direction des sociétés par actions aux Etats-Unis d'Amérique, Paris, 1964, n° 110, p. 80.

(2) Cité par M. le professeur Tunc dans son cours, Le droit des sociétés anonymes aux Etats-Unis, 1972-1973, Université Paris 1, Panthéon - Sorbonne.

Dans ces conditions, au moment de l'entrée en vigueur de la réforme de 1966, la législation française se trouvait particulièrement en retard sur les droits anglo-saxons qui, pour opérer le contrôle de la publicité et protéger l'épargne, avaient créé des commissions administratives dotées de moyens puissants. En Grande-Bretagne, le Board of Trade pouvait procéder de sa propre initiative à des inspections et publier les renseignements qu'il jugeait utile de divulguer. Aux Etats-Unis, depuis 1933, c'était à la Securities and Exchange Commission qu'échouait la tâche de veiller à l'application de la réglementation édictée par le législateur et même de la compléter par des mesures appropriées. En France, les quelques recommandations que les autorités boursières se contentaient d'émettre au moment de l'admission des titres d'une société à la cote étaient bien insuffisantes.

195

Section 3 - Le contrôle de la Commission des opérations de bourse.

L'absence de contrôle efficace était d'autant plus fâcheuse pour les sociétés faisant publiquement appel au public que les objectifs poursuivis par le Gouvernement ces dernières années, à savoir rasséréner les épargnants qu'une longue période de baisse des cours avait découragés et l'affirmation du rôle international de la bourse de Paris, rendaient indispensable la lutte contre des pratiques qui écartaient du chemin de l'épargne tous ceux que les mystères de la vie financière inquiétaient (1). Un système nouveau s'imposait donc. Les épargnants devaient avoir le sentiment d'être exactement informés et de ne pas faire les frais d'une gestion qui ne fût profitable qu'aux dirigeants et à certains privilégiés. Certes, déjà en 1959 puis en 1965 sur les suggestions du rapport "Lorrain" (2), les pouvoirs publics avaient édicté des mesures destinées à assurer l'information des porteurs de valeurs mobilières et du public. Mais ces dispositions péchaient par leur insuffisance faute d'un organisme qui fût la police de l'information.

(1) A. Canac : la C.O.B. G.P.1968-2. doctrine p. 59 : la morosité de la bourse s'explique également par l'évolution de notre société vers une économie de consommation qui détourne certaines personnes des investissements financiers. La hausse régulière des biens immobiliers n'est pas étrangère non plus à l'atonie du marché français.

(2) Rapport du comité chargé d'étudier le financement des investissements. Mai 1963 p. 23.

Deux voies étaient théoriquement possibles. L'une aurait consisté à doter les magistrats d'armes plus efficaces. L'autre, plus radicale et dans l'esprit du temps, leur aurait retiré toute compétence en la matière pour la confier à un organisme administratif (1). Toutes deux étaient également discutables. L'expérience plaide contre la première ; la seconde ne manquait pas d'inquiéter ceux qui font meilleure confiance au pouvoir judiciaire plutôt qu'à l'administration dans la défense des libertés (2). Mais là encore, le choix se ramène rarement à une option pure et simple entre deux termes : intervention judiciaire ou intervention administrative. Plusieurs combinaisons étaient possibles. Toute compétence pouvait ne pas être retirée aux juridictions de l'ordre judiciaire. Effectivement, la surveillance de l'information des sociétés qui sollicitent publiquement l'épargne dépendant à la fois de considérations de pur droit et de motifs qui relèvent de la politique financière, il était tout aussi difficile de la confier aux seuls tribunaux que d'en laisser le soin à une commission administrative. Ces considérations ont guidé le choix du droit français.

96

L'ordonnance du 28.9.1967 (3) institue la Commission des opérations de bourse, organisme copié sur la Securities and Exchange Commission américaine (4) et la Commission bancaire belge⁽⁵⁾ créées voici plus de trente ans. Institution spécialisée de caractère public, la Commission des opérations de bourse ajoute à sa mission essentielle de contrôleur de l'information, la majeure partie des attributions de l'ancien Comité des bourses de valeurs qui concernaient le fonctionnement de celles-ci (6). Ainsi, contrai-

-
- (1) Ripert. Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine. 1949 p. 36 et s., observe que "Tout devient droit public".
 - (2) Y. Loussouarn, J.D. Bredin : La réglementation des ententes ; le recul du pouvoir judiciaire D. 1963 chronique p. 33.
 - (3) Ordonnance 67.833 du 28.9.1967, D. 1967-373 ; modifiée par la loi n° 69.12 du 6.1.69, D. 1969-53, et complétée par les décrets n° 68.23 du 3.1.1968 et n° 68.30 du 3.1.1968, D. 1968-83.
 - (4) Thèse Heurteux préc. p. 401 et s. ; thèse H. Lepargneur, Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, 1951 p. 309 ; A. Tunc, Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis. R.T.D.Com. 1952 p. 255 et 509.
 - (5) Arrêt royal du 9.7.1935 créant la Commission bancaire.
 - (6) La loi du 14.2.1942 avait créé un comité des bourses qui, entre autres attributions, avait la charge de décider de l'admission ou de la radiation des valeurs soit à la cote officielle soit à la cote des courtiers en valeurs. Il était composé du syndic de la Compagnie des agents de change de la bourse de Paris, d'un représentant de la profession bancaire et d'un représentant des porteurs français désignés par le Ministre des finances. Ce comité a été supprimé par le décret n° 68.30 du 3.1.1968. D. 1968.83.

rement à la solution choisie dans certains pays comme l'Allemagne, la Grande-Bretagne ou les Pays-Bas dans lesquels ce dernier rôle est dévolu à des organisations professionnelles, la Commission des opérations de bourse a la charge de la police de l'information des épargnants et de la tutelle des bourses de valeurs. Enfin, la Commission doit être dotée de moyens efficaces, sinon ce serait se nourrir d'illusions que de croire qu'elle pourrait rétablir la confiance dont manquent tant d'épargnants (1).

197 § 1. Les attributions de la Commission des opérations de bourse.

Etudier les attributions de la C.O.B. implique de définir sa mission et de présenter ses moyens d'action.

198 A/ Mission de la C.O.B.

La C.O.B. a reçu pour mission essentielle de contrôler l'information des porteurs de valeurs mobilières et du public sur les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne (2) et sur les valeurs émises par ces sociétés. Subsidiairement, elle doit veiller à éviter toute rétention de l'information. Sa position d'observateur privilégié lui a valu de se voir conférer un pouvoir d'initiative législative pour favoriser toutes les mesures susceptibles d'améliorer la qualité de l'information et un pouvoir de décision pour toutes les questions de caractère général concernant le fonctionnement des bourses de valeurs.

199 Le contrôle de la Commission s'exerce, en premier lieu, épisodiquement, du chef des sociétés qui, à l'occasion d'une émission, se proposent de faire publiquement appel à l'épargne. Les rédacteurs de l'ordonnance n° 139 lui ont pas transféré le pouvoir d'autoriser les émissions d'actions et d'obligations qui dépassent un certain montant ; dans la mesure où cette autorisation demeure nécessaire, la compétence appartient toujours au Ministère.

(1) Boitard, la C.O.B., J.C.P. 1968-1-2162 ; A. Canac, la C.O.B., G.P. 1968-2-59 ; Guyénot, Commentaire de l'ordonnance 67.833 du 28.9.1967, R 1968-139 ; J.J. Burgard, la C.O.B., rev. banque, n° 311, octobre 1972.

(2) Créée pour défendre l'épargne, la C.O.B. voit son action limitée aux seules sociétés qui y font publiquement appel : soit des sociétés anonymes mais aussi, depuis la loi du 31.12.1970, les sociétés civiles immobilières. Les obligations des sociétés civiles immobilières qui font publiquement appel à l'épargne sont précisées par le décret n° 71.524 du 1.7.1971, D. 1971-262.

tre de l'économie et des finances. La C.O.B. surveille l'information. Elle apprécie le document que toute société émettrice d'actions de numéraire ou d'obligations doit imprimer au préalable, et qui décrit son organisation, sa situation financière et l'évolution de son activité (1). Par la création de la note d'information soumise au visa de la Commission, l'ordonnance de 1967 complète heureusement la loi sur les sociétés. Alors que l'information préalable à l'appel à l'épargne était de loin la plus ancienne et que la loi nouvelle se montrait relativement exigeante à propos de l'information en général ; quant aux émissions de titres elle se situait paradoxalement très en retrait par rapport à la législation ou à la pratique des pays étrangers.

200

En second lieu, le contrôle de la Commission s'exerce de manière permanente.

D'abord, aux termes de l'article 3 alinéa 1 de l'ordonnance, elle "s'assure que les publications prévues par les dispositions législatives ou réglementaires sont régulièrement effectuées par les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle des bourses de valeurs ou figurent au relevé quotidien des valeurs non admises à la cote". Les sociétés dont les obligations seules sont cotées en bourse échappent à cette disposition. Les publications dont il s'agit sont prévues par les articles 294 à 299 du décret n° 67.236 du 23.3.1967 (2). Elles ont pour fin d'assurer l'information continue, non seulement des porteurs de valeurs mobilières, mais encore du public, sur la marche des sociétés (3). Au-delà d'un simple contrôle de matérialité, la surveillance de la C.O.B. porte sur la diffusion même de l'information et son contenu.

Ensuite, l'article 3 alinéa 2 de l'ordonnance lui prescrit de vérifier les informations que fournissent à leurs actionnaires ou publient les sociétés dont les actions sont cotées (4). Se trouvent visées, en l'occurrence, non seulement les informations que les sociétés doivent légalement

(1) Art. 6 ord. 28.9.1967 - voir infra n° 282 et s. ; 200 visas ont été délivrés en 1973, 163 en 1974 et 190 en 1975.

(2) Voir infra n° 395 et s.

(3) Boitard préc. n° 4 ; Vasseur in, Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis p. 238. Contra : Guyénol, préc. n° 22 ; A. Canac, préc. n° 4. Ces deux auteurs retiennent une conception beaucoup plus large et assimilent les publications aux formalités de publicité.

(4) 1900 sociétés environ, alors que la précédente obligation en concerne 1100.

fournir aux actionnaires en vertu des dispositions des articles 168 à 171 de la loi de 1966 ou 265 du décret n° 67.236, mais également celles qu'elles donneraient spontanément. Les termes de l'ordonnance ont, en effet, un caractère tout à fait général (1). En revanche, le contrôle de la Commission ne s'étend pas normalement aux informations données par la presse financière.

201

Plus spécialement, la mission de la C.O.B. à l'égard de l'information a conduit à lui attribuer un rôle important dans la surveillance du fonctionnement des bourses de valeurs. Une préoccupation essentielle a été d'éviter que ceux que l'on appelle les initiés opèrent une rétention de l'information pour leur profit exclusif. Le développement du marché des valeurs mobilières suppose en effet l'existence d'un équilibre entre les parties présentes lors des transactions. Or, si la spéculation, c'est-à-dire le risque pris à la suite d'un raisonnement fondé sur des éléments connus mais à l'effet incertain, est un ressort nécessaire du marché des actions ; au contraire, l'absence de spéculation que représente l'opération faite à coup sûr au détriment de contreparties qui ne disposent pas d'une information capitale compromet ce marché. En conséquence, dès 1967, la Commission avait été chargée de surveiller les transactions faites par les dirigeants de société et leurs proches sur les titres de la société elle-même ou de sociétés appartenant au même groupe. Le système de contrôle a été complètement remanié par la loi n° 70.1208 du 23.12.1970, mais subsiste le principe selon lequel la C.O.B. doit se montrer attentive à toute variation de cours qui s'expliquerait par une exploitation d'informations privilégiées (2).

202

B/ Moyens d'action de la C.O.B.

L'accomplissement de ses obligations implique que la Commission soit dotée de moyens appropriés tant matériels que juridiques.

203

La C.O.B. comprend un collège et des services. Le collège se compose d'un président nommé par décret en conseil des ministres (3) et de quatre membres nommés par arrêté du Ministre de l'économie et des finances.

(1) Contra: Guyénot préc. n° 23.

(2) Voir infra n° 311.

(3) Art. 2 ord. 1967, modifié par l'article 30 de la loi n° 70.1283 du 31.12.1970.

Parmi ces derniers, deux sont choisis en raison de leur expérience professionnelle en matière d'opérations de banque ou de bourse. Nommés à titre personnel, ils ne représentent pas toutefois les milieux auxquels ils appartiennent. Leur mandat a une durée de quatre ans ; il n'est en principe immédiatement renouvelable qu'une fois.

Les fonctions confiées à la Commission sont assurées par le collège qui adopte des résolutions après un débat conduit par le président. Un commissaire du Gouvernement nommé par arrêté du Ministre de l'économie et des finances auprès de la C.O.B., peut dans les quatre jours d'une délibération en provoquer une seconde.

Le président de la Commission, par l'intermédiaire d'un secrétaire général nommé par lui avec l'agrément du Ministre de l'économie et des finances, exerce son autorité sur cinq services qui assistent le collège dans la préparation des décisions et assurent l'exécution de celles-ci : service de l'administration générale chargé de la gestion du personnel et de la gestion financière, service des activités boursières, service de l'information, service juridique, service des études et du développement du marché.

Emanation du pouvoir exécutif, financée en totalité par une subvention de l'Etat, la C.O.B. se différencie radicalement des systèmes américains et anglais. Aux Etats-Unis, la Securities and Exchange Commission n'entretient aucun lien avec le président alors qu'elle est soumise au contrôle vigilant des Commissions parlementaires compétentes pour les questions bancaires et boursières. Quant au "Panel" créé à Londres en 1968 ; si le gouverneur de la banque d'Angleterre nomme son président, ses autres membres sont de droit les présidents des organisations professionnelles représentatives de la cité (1). Le Panel entier procède à la façon d'un tribunal, son secrétariat permanent jouant le rôle de ministère public.

La valeur du contrôle exercé par la C.O.B. dépend surtout des moyens de droit dont elle dispose. L'article 4 de l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 habilite la Commission à recevoir les réclamations, pétitions et plaintes qui "entrent par leur objet dans sa compétence". Sans attendre la

(1) Les assurances, les banques de dépôts, les banques d'affaires, les Sicav, les fonds de pension, l'industrie, les sociétés d'investissement et la bourse.

réclamation d'un intéressé, elle peut agir aussi de sa propre initiative. Un droit d'enquête lui a été reconnu. Elle détient des pouvoirs coercitifs d'investigation. L'ordonnance de 1967, dans son article 5, attribue à la C.O.B. le droit de demander communication de certaines pièces au siège des sociétés, tandis que l'article 10 alinéa 2 sanctionne ceux qui refusent de déférer à une semblable requête. La détermination des titulaires du droit ne suscite guère de difficultés. Son exercice paraît cependant recéler de dangereuses virtualités.

Par une délibération particulière, le collège de la Commission a la faculté de déléguer son pouvoir d'investigation à un de ses agents ou demander à la Chambre syndicale des agents de change ou à la banque de France de confier à leurs agents toute mission d'enquête aux mêmes fins (1). Celle-ci s'exerce au siège des sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle des bourses de valeurs, ou dont les actions figurent au relevé quotidien des valeurs non admises à la cote, ainsi que dans les banques, chez les agents de change et les entreprises ou personnes faisant profession, à titre d'activité principale, d'apporter des affaires aux agents de change sans être liées à eux par un contrat de travail. Surtout, les agents enquêteurs peuvent également recueillir des informations auprès des tiers qui ont effectué des opérations avec la société sans que le secret professionnel puisse leur être opposé, sauf par les auxiliaires de justice.

Les pièces les plus diverses peuvent être réclamées : contrats, livres, documents comptables ainsi que les procès-verbaux des assemblées de la société. La formule du législateur trahit sa volonté profonde d'étendre le domaine d'intervention de la C.O.B.. Mais n'est-ce pas instaurer un véritable blanc-seing en faveur de ses agents ? En effet, il n'est pas exigé que la pièce dont il est réclamé communication soit indispensable à l'accomplissement de la mission. Il suffit qu'elle aide l'agent, l'appréciation de son utilité lui étant abandonnée. Par ailleurs, que faut-il entendre par "se faire communiquer" sur place ? Un point est acquis : les agents de la C.O.B. ne peuvent procéder eux-mêmes à la recherche de documents et les transporter dans les locaux de la Commission. Pour le reste, l'absence de définition légale nourrit l'incertitude. En particulier, l'expression permet

(1) Art. 2 al. 2 décret n° 68.30 du 3.1.1968 ; 1er rapport annuel de la C.O.B., 1969 p. 56.

elle le droit de prendre copie ? A raisonner par analogie avec le droit de communication de l'actionnaire qui s'exerce au siège social (1) la réponse s'établit dans le sens de l'affirmative.

205

Aussi importants qu'ils paraissent à certains égards, les pouvoirs d'investigation de la C.O.B., tels qu'ils avaient été fixés primitivement, ne lui permettaient pas de procéder à de véritables instructions des affaires, notamment en demandant à toutes les personnes en cause de fournir tous éclaircissements souhaitables sur leurs agissements. De sorte que dès son premier rapport annuel, la Commission dut avouer qu'elle n'avait pas pu approfondir des enquêtes faute d'avoir été en mesure de recueillir tous les éléments d'appréciation (2).

En particulier, l'ordonnance de 1967 ne lui avait pas donné le droit de pratiquer des auditions de personnes ou des confrontations, alors qu'au contraire, la Commission de contrôle des banques, dans son domaine propre, jouissait de tous les pouvoirs nécessaires pour mener des instructions. La loi n° 70.1208 du 23.12.1970 (3) a comblé cette lacune. La C.O.B. bénéficie désormais du pouvoir de procéder ou faire procéder par ses agents à la convocation et à l'audition de toute personne susceptible de lui fournir des informations. Toute personne convoquée a la possibilité de se faire assister du conseil de son choix et s'expose à l'amende si elle ne se présente pas sans motif légitime.

206

Dans le dernier état des textes, la Commission se voit dotée de pouvoirs d'investigation très énergiques qui n'ont rien à envier à ceux de la S.E.C. américaine excepté sur un point : la S.E.C. a un pouvoir d'injonction à l'encontre de toute personne qui va s'engager ou s'est déjà engagée dans des pratiques qui constituent des manquements aux dispositions légales ou réglementaires. La Cour fédérale, ultérieurement saisie, en interdit la continuation. Cette procédure présente l'avantage de parvenir à une décision dans les plus brefs délais, quelquefois même en quelques heures.

Mais surtout, la comparaison des moyens matériels des deux institutions laisse apparaître une différence éclatante. Alors que l'effectif total de la C.O.B. comprend 81 agents(4) qui proviennent pour moitié de l'adminis-

(1) Art. 139 al. 3 décret 67.236.

(2) p. 44-45.

(3) Complétée par l'art. 4 décret du 23.7.1971.

(4) 81 agents dont 30 cadres. Dans le même ordre de comparaison, alors que le budget de la C.O.B. était de 11.037.000 francs pour 1975 (12.777.000 francs en 1976), celui de la S.E.C. s'élevait pour la même période à 43.674.000 dollars, soit un rapport de 1 à 17.

tration et de la banque de France et pour moitié du secteur privé, la S.E.C. emploie actuellement 2000 personnes (1). Même en tenant compte du fait que les besoins des Etats-Unis ne correspondent pas à ceux de la France, on doit craindre que l'insuffisance relative des moyens ne retentisse sur les résultats du contrôle.

207

§ 2. Résultats du contrôle opéré par la C.O.B.

La C.O.B. ne poursuit pas tant l'objectif de sanctionner que d'entraîner la conviction du plus grand nombre possible de personnes qui influent à des titres divers sur le marché, de l'intérêt commun de développer et d'améliorer l'information. Pour y parvenir, elle s'emploie à composer sur divers sujets des textes qui ne contiennent aucune disposition répressive mais tentent de formuler en un ensemble cohérent des motivations, des objectifs précis et des recommandations (2).

Bien que ces communiqués soient dépourvus de valeur juridique parce que la Commission n'est investie du pouvoir réglementaire qu'en ce qui concerne le fonctionnement des bourses de valeurs (3), elle use souvent de biais pour les imposer aux sociétés. Elle décide, par exemple, qu'au nombre des éléments qui doivent déterminer la radiation de la cote, figure le comportement habituel de la société en matière d'information. Ou elle institue un régime simplifié à propos de la note d'information, en faveur des sociétés diligentes.

208

Au niveau individuel, l'action de la C.O.B. ne se manifeste pas exclusivement de façon persuasive. D'une part son contrôle se traduit par certains résultats propres. D'autre part, ainsi qu'il sera vu à propos de l'exercice de l'action publique, la Commission collabore avec les tribunaux (4).

-
- (1) Dans cet ordre de comparaison, au Japon, la direction du Ministère des finances spécialisée dans les problèmes de bourse et de valeurs mobilières comprend un effectif de 140 personnes.
 - (2) Chaque année, un domaine particulier est envisagé : en 1968, les notes d'information publiées par les sociétés à l'occasion des émissions de titres dans le public ; en 1969, l'information occasionnelle ; en 1970, l'information des assemblées générales ; en 1971, les sociétés civiles de placement immobilier et les comptes consolidés lors des émissions ; en 1972, l'information relative aux fusions et apports partiels, ainsi que les rapports entre les sociétés et la presse ; en 1973, à nouveau, les notes d'information...
 - (3) Art. 2 décret 3.1.1968.
 - (4) Voir infra : n° 554 et s.

Dans un premier temps, sans apprécier directement la valeur de l'information, la C.O.B. vérifie la réalité du contrôle qu'exercent sur elle les commissaires aux comptes. A cet effet, elle propose l'élimination des commissaires aux comptes insuffisamment compétents ou dépendants des sociétés qui les nomment, ou dont les moyens paraissent hors de proportion au regard des responsabilités qu'ils assument.

Disposant de peu de pouvoir dans l'ordonnance du 28.9.1967, la Commission prend appui sur les dispositions du décret n° 69.810 du 12.8.1969 qui organise la profession de commissaire aux comptes. Elle considère qu'une interprétation extensive de l'article 64 de ce texte lui permet de décider de l'opportunité des candidatures à la fonction, qu'elles soient présentées pour la première fois ou qu'il s'agisse d'un renouvellement (1). Le décret prévoit effectivement une notification préalable des candidatures à la C.O.B. (2). Les candidats jugés inadéquats sont ensuite invités à ne pas accepter les fonctions. A trois exceptions près, les avis de la Commission ont toujours été suivis (3).

En outre, les commissaires en place font l'objet d'une surveillance sur la manière dont ils remplissent leur mission. D'un côté, la C.O.B. s'efforce de les soutenir lorsqu'ils se heurtent à des difficultés. Mais, en contrepartie, elle peut leur présenter des observations ou formuler des critiques, et dans les cas graves transmettre le dossier qu'elle a constitué aux instances disciplinaires prévues par la loi. Ici, le contrôle de la Commission abandonne en partie son caractère essentiellement formel et préfigure sa seconde modalité. A travers le commissaire son objet devient plus directement l'information.

Lors des appels à l'épargne ou à l'occasion de l'admission de titres à la cote officielle, un projet de note d'information est soumis au visa préalable de la C.O.B. (4). Celle-ci peut demander des explications ou

(1) 4° rapport annuel, p. 171 ; Bull. mensuel n° 69.

(2) Art. 88: notification par lettre recommandée. Au moment de la constitution, aucun délai n'est fixé pour satisfaire à cette formalité. Pendant la vie sociale, elle doit être accomplie au moins quinze jours avant la publication au B.A.L.O. de l'avis de réunion prévu par l'article 130 du décret n° 67.236, c'est-à-dire 45 jours au moins avant la tenue de l'assemblée lorsque la candidature est proposée par la société et 35 jours au moins lorsque la candidature est proposée par un groupe d'actionnaires.

(3) 4° rapport annuel, p. 171-172.

(4) Art. 6 loi n° 72.6 du 3.1.1972.

des justifications, exiger une modification de la présentation ou de la teneur des notes et, si ces prescriptions ne sont pas respectées, refuser le visa. Toute diffusion s'avère alors impossible. D'aucuns ont redouté que cette formalité ne fût à l'origine de complications et de lenteurs. La Commission s'efforce de dissiper ces craintes. Pour cela, elle a déjà établi des modèles de documents et invité les sociétés à s'y conformer (1). Ensuite elle veille à simplifier la tâche des sociétés en réalisant la synchronisation des formalités à effectuer, les délais étant, en principe, de quinze jours ou même huit jours en cas d'urgence.

La C.O.B. ne procède pas à un examen au fond des opérations projetées. Elle vérifie uniquement que l'ensemble des informations recèle tous les éléments nécessaires pour se forger une opinion. Il appartient toujours aux souscripteurs et surtout à leurs conseillers, banquiers ou agents de change, d'apprécier la qualité des titres offerts et de prendre la décision de souscrire ou de s'abstenir. La formule utilisée par la Commission bancaire belge traduit parfaitement la situation : "Nihil obstat", c'est-à-dire l'absence d'interdiction, ce qui diffère d'une autorisation ou d'une approbation. En considération des documents dont elle dispose, la Commission estime l'information suffisante. On respecte ainsi les notions d'approbatur et de nihil obstat propres au droit canonique. Le visa de la C.O.B. a exactement la même signification : "La C.O.B. a apposé sur la présente note le visa n° ... en date du ... Ce visa est donné dans le cadre de la compétence de la C.O.B. en matière d'information des actionnaires et en application de l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 et de la décision générale de la Commission du 13.1.1970 relative aux offres publiques ; il n'implique ni approbation de l'opportunité de l'opération, ni appréciation de la situation de la société".

211

En toute hypothèse, la Commission n'exerce pas le contrôle des informations fournies aux actionnaires ou épargnants pour sa seule édification. Après avoir constaté une irrégularité, elle peut inviter la société

(1) Voir infra n° 282 et s. A l'inverse, la Commission bancaire belge estime que l'expérience lui a appris qu'un prospectus type est, dans la généralité des cas, mal adapté parce qu'il n'épouse pas suffisamment les aspects spécifiques des opérations en cause et risque, dès lors, d'être inductif en erreur. Voir : G. Gelders. L'expérience de la Commission bancaire en Belgique in Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis. Bruxelles 1970 p. 227.

concernée à procéder à une publication rectificative ou diffuser elle-même un communiqué. L'article 3 de l'ordonnance de 1967 lui permet, en effet, de porter à la connaissance du public les observations qu'elle a été amenée à formuler à une société. Elle dispose en cela d'une sanction d'intimidation, qui produit un effet préventif : les dirigeants s'abstiendront d'opérations qu'ils n'oseraient pas révéler.

Pour faire connaître son action au public, la C.O.B. utilise rarement des communiqués spéciaux. Le plus souvent, ses analyses ou ses avis paraissent dans son bulletin mensuel que peut reprendre la presse. Il semble que cette diffusion soit insuffisante. Les bulletins tant mensuels qu'annuels ne parviennent à la connaissance que de quelques professionnels et il est bien illusoire d'espérer que la presse répercute efficacement toute l'information qu'ils recèlent. La France n'a pas atteint à cet égard le niveau des Etats-Unis. Toutes les informations importantes de la S.E.C. sont utilisées par les journaux et périodiques financiers. Par ailleurs, diverses maisons spécialisées centralisent ces données dans des annuaires tenus à la disposition du public chez tous les professionnels en valeurs mobilières (1).

212

Aucune disposition ne prévoit de recours particulier contre les décisions de la C.O.B. alors que les décisions individuelles du Comité des bourses de valeurs auquel celle-ci a succédé étaient susceptibles d'un recours en annulation devant la Commission de contrôle des banques créée par la loi du 13.6.1941. En outre, l'article 3 du décret n° 68.30 se référant à l'article 2 du même décret, dispose que les décisions de la Commission sur "les questions de caractère général concernant le fonctionnement des bourses de valeurs" sont soumises à l'approbation du Ministre de l'économie et des finances. L'approbation peut être explicite ou implicite. Elle est implicite si, dans le délai de quinze jours, après la délibération, le Ministre n'a pas fait connaître son avis. Cette formule souligne, s'il en est besoin, le caractère administratif de la Commission. Dès lors, conformément au droit commun, pour des décisions prises par un organisme agissant au nom des pouvoirs publics, les tribunaux administratifs ont compétence (2).

(1) Cours de M. Tunc. Le droit des sociétés anonymes aux Etats-Unis, année universitaire 1972-73 - Université Paris I - Panthéon Sorbonne.

(2) Cette compétence résulte de la règle de la séparation des pouvoirs. Loi 16 et 24 août 1790, article 13 ; ordonnance du 31.7.1945 ; décrets des 30.9 et 28.11.1953.

Pareillement, on ne doit pas exclure que la C.O.B. puisse se voir reprocher une faute dommageable à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives. N'aurait-elle pas exigé la rectification d'une information inexacte ! N'aurait-elle pas pris les mesures qu'impliquait l'omission de publications ou l'initiative de porter à la connaissance du public certains faits. Toutefois, sa responsabilité ne devrait pas être appréciée plus sévèrement que celle de la Commission de contrôle des banques, c'est-à-dire qu'on ne saurait la retenir qu'au cas de faute lourde (1). L'éventualité de ce dernier recours constitue une garantie supplémentaire pour les bénéficiaires de l'information.

213 En définitive, l'institution de la Commission des opérations de bourse constitue incontestablement un précieux auxiliaire dans la mise en oeuvre de la publicité. Mais en raison même de son importance, deux imperfections devraient être corrigées. D'abord la voie de la persuasion n'est peut-être pas celle de la raison. Il aurait fallu doter la Commission d'une faculté d'injonction en cas d'insuffisance ou de défaut d'information et chaque fois que l'application de la lettre seulement des prescriptions légales risque d'induire en erreur. Ensuite, la comparaison avec la S.E.C. a révélé une disproportion considérable des moyens humains mis respectivement à la disposition des deux organismes, ce qui pourrait laisser craindre que la C.O.B. ne puisse assumer parfaitement toutes ses prérogatives.

214 L'organisation de la publicité est particulièrement éclectique. Cette diversité résulte fondamentalement de l'existence de deux sortes d'instruments irréductibles et se trouve aggravée par l'opposition de deux types de sociétés anonymes qui exigent que leurs spécificités soient satisfaites.

La publicité statique requiert d'être instituée en des lieux accessibles facilement et d'éviter une dispersion de l'information : elle doit donc être conçue de façon relativement unitaire, ce qui explique la prédo-

(1) C.E. 13.6.1964 J.C.P. 1965-2-14416.

minance du registre du commerce. La consultation d'informations au siège social subsiste fort incomplètement à ses côtés. Le grief principal qu'elle encourt se situe au niveau du contrôle. Celui-ci pourrait être considérablement renforcé si les greffiers utilisaient leurs pouvoirs et peut-être même faudrait-il souhaiter que leurs prérogatives soient accrues. Une telle vérification concomitante à l'accomplissement des formalités conférerait une plus grande sûreté à la publicité, non seulement à celle qui est réalisée au greffe, mais encore à celle qui se contente d'en reprendre les énonciations. Bien sûr, toute déclaration inexacte engage la responsabilité de son auteur et là réside vraisemblablement la cause du faible nombre d'irrégularités. On peut aussi penser que ceux qui sont animés d'une intention frauduleuse parviendront toujours à déjouer un contrôle quel qu'il soit. Le raisonnement ne satisfait pourtant pas. En particulier, les dispositions européennes excluent toute possibilité de substitution d'un contrôle a posteriori, résultant par exemple de la menace de sanctions, à un contrôle préventif.

L'efficacité de la publicité dynamique dépend inversement de l'emploi de supports variés qui garantissent une plus grande probabilité de son impact sur les différents bénéficiaires de l'information. Seulement, il a été remarqué que certains des moyens employés n'ont aucune portée et peuvent servir à des sociétés qui ne recherchent pas tant la publicité la meilleure qu'à respecter les termes de la loi. Actuellement, aucun inconvénient sérieux ne s'opposerait à leur suppression, à moins qu'il ne soit préféré de réviser les conditions de leur fonctionnement dans l'unique dessein d'une diffusion optimum.

Il convient enfin de ne pas mésestimer l'importance des relais de l'information dans le contrôle de celle-ci. La presse spécialisée se déconsidérerait si son attention était déjouée et si elle ne parvenait pas à éclairer ceux qui lui demandent son concours. Sans elle, la publicité réalisée ne serait très souvent qu'un leurre parce que reçue par des épargnants ou actionnaires incapables de l'apprécier. La protection peut encore être assurée par ceux qui conseillent le public dans ses placements : pour satisfaire leur clientèle, ils doivent chercher à lui offrir des titres valables à des cours intéressants. L'expérience américaine enseigne quelle force représente un tel contrôle (1).

(1) Cours de M. Tunc préc.

DEUXIEME PARTIE

L'OBJET DE LA PUBLICITE

215

Un problème aussi important que la détermination du cadre de la publicité, consiste à en définir le contenu : indiquer quelles opérations de la vie sociale doivent faire l'objet d'une publication et de quelle manière exacte elles doivent être portées à la connaissance des intéressés. Une fois présenté ce qui serait souhaitable théoriquement, une utile confrontation peut être tentée avec les réalisations du droit positif. Ici encore, les dispositions européennes ont imposé une coordination. Antérieurement à cette dernière, les actes et indications soumis à publicité différaient d'un pays à l'autre du Marché commun. Dorénavant, la directive du 9.3.1968 établit un seuil à respecter, les Etats membres restant toutefois libres de l'élever. Le résultat s'explique par la volonté de la Commission de Bruxelles de trouver un moyen terme entre deux positions extrêmes : organiser une publicité illusoire ou prévoir une publicité trop détaillée et jugée inacceptable par certains partenaires.

216

Un premier classement des mesures de publicité peut être opéré en distinguant la publicité permanente, périodique ou occasionnelle. La publicité permanente représente toute l'information mise à la disposition des intéressés sans aucune solution de continuité. Elle s'exprime au travers des organes de publicité statique. Mais, à l'image de l'instrument qui lui sert de support, elle ne satisfait pas à elle seule la fonction d'information. Aussi, la publicité périodique vient-elle la compléter fort utilement, soit en la mettant à jour, soit en éclairant, à certains moments judicieusement choisis, le consentement des actionnaires ou des tiers. Telles étaient traditionnellement, en droit français, les deux modalités qu'empruntait la publicité des sociétés commerciales. L'utilisation de l'une ou de l'autre contribuait à dresser une image de la situation juridique ou financière des sociétés. Or, il est apparu récemment que ces éléments ne devaient pas être les seuls objets de publicité. Des événements sont en effet susceptibles d'avoir une répercussion sur les cours de bourse, et le souci de préserver l'égalité des bénéficiaires virtuels de l'information exige qu'ils

deviennent totalement publics par une publicité occasionnelle dès qu'ils ne peuvent plus rester complètement secrets. Ce triptyque représente une division fondamentale mais il ne saurait constituer le plan de l'étude entreprise. En réalité, il ne scinde l'information qu'en fonction du moment où elle est émise et de l'instrument utilisé. Publicité périodique et occasionnelle viennent le plus souvent se fondre ensuite dans la publicité permanente.

217

Le canevas des développements ultérieurs résulte de la réponse à la question de savoir ce qu'attendent les destinataires de l'information. Leur première préoccupation concerne la structure de la société. Quelles en sont les caractéristiques essentielles ? Quels organes ont été habilités pour la représenter ? Ultérieurement, les actionnaires et les tiers sont fondés à se soucier des résultats de la personne morale ainsi mise en place. Les uns parce qu'ils lui ont apporté une partie de leurs biens et souhaitent les voir fructifier : ils doivent pouvoir apprécier librement l'opportunité d'un retrait par la cession de leurs droits, ou, sans aller jusque là, pouvoir manifester leur volonté de modifier l'orientation donnée à la gestion en sanctionnant la reddition de comptes qui intervient lors des assemblées générales annuelles. Les autres, en fonction de l'existence de certaines garanties, peuvent refuser ou lui maintenir leur crédit ou leurs relations contractuelles. L'objet de la publicité doit être entendu de telle sorte qu'il permette un exercice éclairé de ces prérogatives. L'organisation de la société d'une part, son fonctionnement d'autre part, font l'objet d'informations que le droit positif doit définir le plus minutieusement possible.

TITRE PREMIER : STRUCTURE ET ORGANISATION DE LA SOCIETE

8 La mise en place de la structure sociale intéresse les bénéficiaires de l'information à un double titre. En premier lieu, l'assurance doit leur être donnée de contracter avec une personne morale régulièrement constituée et par l'intermédiaire d'organes qualifiés. Toute modification ultérieure de ces éléments doit recevoir la même divulgation qu'à l'origine. Au-delà de cette régularité strictement juridique de la société, il convient ensuite de veiller à la protection patrimoniale des actionnaires et des tiers. L'actionnaire doit connaître exactement la contrepartie de son apport. Quant aux tiers appelés à contracter avec la société, leur intérêt réclame qu'ils puissent mesurer l'étendue de leur gage. La publicité protège également les créanciers personnels des associés contre une soustraction d'une valeur appartenant à leur débiteur que réalise le principe de séparation des patrimoines de la société et des apporteurs : leurs droits ne portent plus que sur des actions, biens de valeur éminemment variable, simples titres fiduciaires, et il leur importe d'éviter toute distraction frauduleuse.

CHAPITRE I - LA STRUCTURE DE LA SOCIETE.

219

Actionnaires et tiers éprouvent un besoin identique de connaître les caractéristiques essentielles d'une société lors de sa constitution. La publicité doit y pourvoir. Mais il ne servirait à rien d'instituer une telle divulgation si ultérieurement une modification de ces éléments pouvait intervenir sans que les bénéficiaires de l'information fussent avertis. La publicité du changement des structures sociales revêt autant d'importance que celle de leur établissement initial.

A cet égard, le régime de publicité mis en place par la loi du 24.1.1867 ne satisfaisait pas. En particulier, les révocations et démissions, pas plus que les nominations d'administrateurs nouveaux n'étaient sujettes à publication. La composition du premier conseil d'administration n'était elle-même connue que par le dépôt au greffe des procès-verbaux des assemblées constitutives. Aussi un décret-loi de 1935 dut rendre obligatoire l'indication dans la publication légale du nom des personnes chargées de gérer et administrer la société, et de toute modification affectant ces mentions (1).

220

Section 1 - Les statuts.

Jusqu'en 1966, en droit français, la publicité de la constitution des sociétés au registre du commerce, donc la publicité des statuts était envisagée seulement comme un moyen légal de porter à la connaissance des tiers l'existence de la personne morale. Sans renoncer à cette fonction, elle a acquis depuis une signification supplémentaire. Elle est constitutive de la personnalité juridique, ce qui bouleverse les notions admises quant à la nature juridique du groupement. La minutie des conditions requises par la loi en matière de sociétés commerciales contraste avec l'absence de règle-

(1) H. Bosvieux, Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales. Décret-loi du 30.10.1935, J. Soc. 1936 p. 519.

mentation des sociétés civiles. Pour que ces dernières soient valablement créées et jouissent de la personnalité morale, aucune forme particulière n'est exigée : même l'écrit n'a qu'un rôle probatoire (1). Mais cette simplicité présente de graves inconvénients pour la protection des associés et des tiers (2). N'est-il pas surprenant que la jurisprudence ait tardé à leur reconnaître la personnalité morale (3) alors qu'elles en bénéficient aujourd'hui plus facilement que les sociétés commerciales ? Une seule société commerciale échappe aux conditions de forme et de publicité édictées par la loi de 1966 : la société en participation à objet commercial. Elle peut être prouvée par tous moyens. En contrepartie, elle se trouve dépourvue de la personnalité morale (4). Cependant, la société en participation à objet civil ne déroge pas à la règle de l'article 1834 du code civil : elle ne peut être conclue verbalement, ni prouvée par tous moyens, perdant ainsi un de ses principaux avantages (5).

§ 1. Forme et contenu des statuts.

221

A/ La forme des statuts.

L'ancien article 39 du code de commerce prescrivait de constater par écrit les sociétés commerciales. Cette obligation était doublement originale. D'une part, elle dérogeait aux règles applicables aux sociétés civiles. D'autre part, elle faisait exception au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale (6). Mais l'écrit était-il requis *ad probationem* ou *ad validitatem* ? La controverse doctrinale était classique et la jurisprudence manquait de clarté.

La loi du 24.7.1966 abroge l'article 39 du code de commerce (7) et ne reproduit pas formellement l'exigence d'un écrit. Néanmoins l'état antérieur du droit ne paraît pas devoir être modifié quant au fond (8). D'abord,

-
- (1) Art. 1834 du C. civil reprenant les termes de l'art. 1341 du même code.
 - (2) P. Delaisi. La clandestinité des sociétés civiles, G.P.1968.2 doctrine 6.
 - (3) Req. 23.2.1891 D.P.1891.1.337 ; S.1892.1.73, note Meynial.
 - (4) Art. 419 loi 1966.
 - (5) B. Gross. J. Cl. Sociétés fasc. 36 n° 46.
 - (6) Art. 109 du code de commerce.
 - (7) Art. 505 loi 1966.
 - (8) Bastian, J.C.P. 1967-1-2121, n° 104 ; Houin et Goré, D.S.1967 p. 135, n° 36 ; traité Ripert et Roblot, n° 743.

les raisons qui motivaient le respect de la condition conservent leur valeur. La rédaction des statuts se justifie par l'importance et la complexité de ce document, véritable charte des droits et obligations des associés tant dans leurs rapports personnels (1) que vis-à-vis des tiers. Ensuite, la nécessité d'un écrit résulte implicitement d'arguments de texte. L'article 2 de la loi de 1966 énumère les principales énonciations des statuts. Puis l'article 6 organise au profit de tout intéressé une action en régularisation de la constitution, l'ouvrant notamment dans le cas où les statuts ne contiendraient pas toutes les mentions exigées. Or, si le caractère incomplet de l'écrit entraîne l'irrégularité de la constitution, à plus forte raison son absence doit-elle produire le même résultat. L'interprétation a contrario de l'article 419 de la loi conforte l'analyse. Selon le texte, la société en participation à objet commercial peut être prouvée par tous moyens ; c'est donc que les autres sociétés commerciales obéissent à un régime plus restrictif. La rédaction d'un écrit semble ainsi une obligation tant en vue de la régularité qu'en vue de la preuve. D'autant que l'accomplissement de la publicité ne se conçoit pas si l'acte de société est verbal ; ce qui paraît clore toute controverse (2).

222

En ce qui concerne la société anonyme qui fait publiquement appel à l'épargne, l'article 74 de la loi prévoit expressément que la rédaction des statuts est précédée par la confection d'un projet. Pratiquement, on constate une situation semblable dans le cas des autres sociétés anonymes : il suffit de remarquer qu'aussi longtemps que le document qui renferme les statuts n'a pas été signé par tous les associés, il demeure à l'état de projet. La seule différence est qu'alors, la loi ne réglemeⁿte pas le projet mais uniquement les statuts définitifs.

Lorsque la société anonyme se constitue sans appel public à l'épargne, les statuts ne diffèrent guère de l'acte constitutif des sociétés par intérêts ou des sociétés à responsabilité limitée : ils représentent

(1) T.C. Seine 18.5.1965 Journ. agréés, 1966 - 219 : les statuts de la société font la loi entre les parties.

(2) D. Bastian, la situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Mélanges Cabrillac p. 23 ; Rives, le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, R.T.D.Com. 1969 - 422.

un véritable contrat signé par les associés après discussion préalable de ses dispositions (1).

Dans l'hypothèse d'un appel public à l'épargne, au contraire, il émanent exclusivement des fondateurs. Les souscripteurs y donnent leur accord sans avoir les moyens d'en discuter les clauses. D'ailleurs, il n'y a pas à proprement parler signature d'un acte constitutif. L'actionnaire se borne à signer un bulletin de souscription qui renvoie au projet de statuts déposé au greffe et dont il est réputé avoir pris connaissance (2). L'assemblée constitutive se prononce ensuite sur l'adoption de ces statuts et ne peut les modifier qu'à l'unanimité (3).

223

Les statuts sont rédigés en la forme authentique ou par acte sous seing privé. Au cours des débats qui ont précédé le vote de la loi de 1966, les sénateurs (4) avaient proposé de pallier l'absence de contrôle préalable par la nécessité de dresser un acte authentique ou au moins de déposer les statuts, en cas d'appel public à l'épargne, au rang des minutes d'un notaire. Ainsi, dans l'hypothèse d'une irrégularité, la responsabilité de cet officier ministériel aurait pu être engagée. Le Gouvernement estima cependant inopportun d'accorder aux notaires un tel monopole et suggéra de laisser aux fondateurs la possibilité de choisir librement entre l'acte notarié et sous seing privé.

Cette dernière formule permet d'éviter les frais d'expédition, spécialement pour les petites sociétés. L'article 54 du décret n° 67.236 précise que l'acte sous seing privé doit être dressé sur papier timbré en autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et quatre exemplaires pour l'exécution des diverses formalités requises : deux font l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de commerce, le troisième est destiné à l'enregistrement et le dernier est annexé à la déclaration notariée de souscription et de versement. Il n'est donc pas besoin de rédiger autant d'exemplaires que de parties intéressées.

(1) Art. 87 loi 1966.

(2) Art. 76 loi 1966 ; art. 61 décret 67.236.

(3) Art. 79 loi 1966.

(4) J.O. débats Sénat 21.4.1966 p. 172.

224

Mais, le plus souvent, les statuts revêtent la forme notariée. Plusieurs considérations concourent à l'expliquer. Il est utile de recourir aux offices d'un notaire pour certaines des formalités à accomplir, notamment la déclaration de souscription et de versement. En outre, l'emploi de la forme authentique introduit un élément de simplification lorsque des apports immobiliers sont effectués à la société qui se constitue, pour satisfaire aux règles de la publicité foncière : les statuts peuvent être directement publiés, alors que s'ils sont établis par acte sous seing privé ils doivent au préalable être déposés au rang des minutes d'un notaire. L'usage de cette modalité se trouve encore recommandé lorsque la société est formée entre une personne et un de ses successibles, avec ou sans tierce personne : il évite en principe à l'héritier le rapport à succession des avantages retirés de la société (1). Enfin, l'acte notarié présente un avantage lorsque la société comprend dès l'origine deux époux. L'article 1841 du code civil dispose en effet que les apports, droits et obligations ne peuvent être regardés comme des donations déguisées quand les conditions en ont été réglées par acte authentique. L'acte est dressé en minute et l'original est déposé en l'étude du notaire qui en délivre des expéditions. Les frais consistent alors pour l'essentiel dans les honoraires du notaire et ils rentrent dans les frais de premier établissement (2).

225

B/ Le contenu des statuts.

L'établissement des statuts place les rédacteurs devant un choix : soit rédiger un document aussi succinct que possible, ne mentionnant que les dispositions particulières à la société considérée et renvoyant pour le surplus aux énonciations supplétives de la loi ; soit élaborer un texte très complet, reproduisant un grand nombre de règles légales. La seconde méthode est généralement suivie. Elle rencontre l'approbation de ceux qui observent que les statuts doivent former un ensemble cohérent qui dispense les associés d'avoir à se référer à des textes extrinsèques (3). Mais le procédé

(1) Art. 854 du code civil. Hébraud, Des contrats passés entre le futur "de cujus" et son héritier présomptif. Mélanges Savatier 1965 - p. 367.

(2) Traité Ripert et Roblot, n° 1119.

(3) Escarra et Rault n° 549.

encourt la critique d'autres auteurs qui estiment que les statuts sont ainsi encombrés de clauses inutiles tandis que des mentions importantes passent inaperçues (1). Elle comporte en outre un inconvénient particulièrement sensible à une époque de modifications législatives fréquentes où il devient difficile de déterminer s'il y a lieu d'appliquer les dispositions légales nouvelles - à les supposer supplétives - ou les clauses statutaires initiales. Voilà pourquoi, lorsque les rédacteurs des statuts entendent se référer à la loi en vigueur, il serait opportun qu'ils indiquent expressément que les dispositions législatives futures s'appliqueront de plein droit à l'acte de société.

Les énonciations statutaires varient avec la forme de la société et la volonté des associés qui, même dans les sociétés les plus strictement réglementées, gardent toujours la faculté de compléter ou de modifier les prévisions légales afin de les adapter à leurs besoins. Néanmoins, l'article 2 de la loi de 1966 prévoit que les statuts de toutes les sociétés doivent contenir certaines précisions, chaque type de société en exigeant d'autres (2). Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée sous astreinte la régularisation, le Ministère public étant habilité aux mêmes fins (3).

226 Les mentions communes à l'ensemble des sociétés commerciales concernent : la forme, la durée, la raison ou dénomination sociale, le siège social, l'objet et le montant du capital.

Les associés doivent adopter l'une des formes fondamentales prévues par la loi, la volonté individuelle étant impuissante à créer une nouvelle catégorie de société.

L'indication de la durée de la société, qui ne peut excéder 99 ans, semble moins compréhensible et était inconnue du régime antérieur. Certes, la loi de 1966 a voulu écarter l'insécurité engendrée, dans les sociétés à durée illimitée, par la possibilité pour tout associé de provoquer la dissolution lorsqu'il n'a pas la faculté de céder ses parts (4). Mais si

(1) Traité Ripert et Roblot, n° 745 et 1120.

(2) Art. 26 loi 1966 pour la société en commandite simple; art. 55 pour la société anonyme.

(3) Art. 6 al. 2 loi 1966.

(4) Art. 1869 du code civil.

telle a été l'intention du législateur, l'article 2 n'atteint pas le but recherché. En effet, la jurisprudence a toujours assimilé les sociétés de 99 ans aux sociétés à durée illimitée et susceptibles de dissolution par volonté unilatérale (1). Par conséquent, la détermination de la durée ne paraît pas constituer un élément essentiel et n'aurait pas dû figurer à l'article 2 (2).

Les statuts mentionnent également le siège de la société. Cette indication produit deux conséquences. D'une part, elle détermine le lieu du domicile de la société avec tous les effets qui s'y attachent, notamment du point de vue procédural. D'autre part, selon l'article 3 de la loi de 1966, le fait que le siège soit situé sur le territoire français entraîne l'application à la société de la loi française. Le même article a prévu le cas où le siège social tel qu'indiqué par les statuts ne serait pas le siège réel. Les tiers peuvent alors se prévaloir du siège statutaire ou s'en tenir au siège réel de la société sans que celle-ci puisse leur opposer les dispositions statutaires.

La stipulation de l'objet a perdu une partie de son intérêt dans la mesure où désormais le caractère commercial de la société est déterminé par la forme de celle-ci, excepté dans le cas de la société en participation. En outre, depuis l'ordonnance du 20.12.1969, la société se trouve engagée même par les actes des dirigeants qui excéderaient l'objet social (3). La limitation des pouvoirs à l'objet ne subsiste plus que dans la société en nom collectif ou en commandite simple en raison de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés. Une stricte définition de l'objet social permet alors de limiter les pouvoirs des gérants, même à l'égard des tiers.

Enfin, les statuts doivent énoncer le montant du capital social mais la signification de cette exigence peut faire hésiter. L'interprétation la plus simple et la plus vraisemblable consisterait à admettre que l'article 3 consacre la nécessité pour toute société d'avoir un capital.

(1) Com. 30.1.1963 J.C.P. 1963.2.13117 note J.R. ; D. 1963-308 - Com. 7.1.1969 J.C.P. 1969-15983 note Nectoux ; D.S. 1969-415.

(2) Malgré cela, une partie de la doctrine estime encore possible de fixer la durée d'une société en fonction d'une opération déterminée ou même par référence à un terme incertain. Bastian J.C.P. 1967-1-2121 N° 111-112.

(3) Voir infra n° 495 et s.

Par conséquent, il ne serait plus admissible de soutenir, comme auparavant, qu'une société en nom collectif peut se constituer sans apport en capital(1). Inversement, il pourrait être soutenu que l'exigence de l'article 2 est satisfaite même si les statuts se bornent à mentionner l'absence de capital. Le texte ne serait que la manifestation de l'importance démesurée qui s'attache trop souvent à la notion alors qu'en réalité elle n'intéresse que médiocrement les tiers car elle ne suffit pas à indiquer quel crédit une société mérite de se voir accorder (2).

227

Outre les mentions obligatoires communes à toutes les sociétés commerciales, d'autres sont propres à chaque forme de société. L'article 55 du décret n° 67.236 énumère celles qui concernent les sociétés par actions : le montant d'actions émises et leur valeur nominale en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories d'actions créées ; la forme des actions ; en cas de restriction à la libre négociation ou cession des actions, les conditions particulières auxquelles est soumis l'agrément des cessionnaires l'identité des apporteurs en nature, l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux et le nombre d'actions attribuées en contrepartie de l'apport (3) ; l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ; les stipulations relatives à la composition, au fonctionnement et aux pouvoirs des organes de la société - en particulier, les statuts doivent indiquer si la société à constituer est une société de type traditionnel c'est-à-dire administrée par un conseil d'administration, ou de type nouveau c'est-à-dire comportant un directoire et un conseil de surveillance - enfin des dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution de réserves et à la répartition du boni de liquidation.

Lorsqu'une société anonyme se constitue sans appel public à l'épargne, le législateur a encore voulu pallier l'absence d'assemblée gé-

(1) Hamel et Lagarde, préc. T.1 n° 397.

(2) C. Champaud R.T.D.Com. 1969 - 506.

(3) M. Dalsace. La spécification des apports en nature doit-elle obligatoirement figurer dans le texte des statuts d'origine des sociétés par actions ? J.C.P. 1961-1-1644, éd. C.T. n° 69390 ; Addendum 1962 1677. L'auteur regrette que les statuts soient surchargés par une description des apports qui continue à encombrer le pacte social alors même que ces apports ont depuis longtemps disparu de l'actif. Il estime possible la rédaction d'actes d'apport séparés sous certaines conditions : en ce qui concerne l'information des associés, que la consistance et la rémunération des apports figurent de façon suffisamment explicite dans les bulletins de souscription et que les actes d'apport soient reproduits dans les résolutions des assemblées constitutives ; en ce qui concerne l'information des tiers, que la description sommaire et l'estimation des apports en nature soient données aussi bien dans l'extrait inséré dans un journal d'annonces légales que, le cas échéant, dans le B.A.L.O.

nérale constitutive en déterminant certaines clauses qui doivent figurer dans les statuts. Ceux-ci doivent comporter, en vertu des articles 86 et 88 de la loi de 1966 : la désignation des premiers administrateurs ou des premiers membres du conseil de surveillance ; la désignation des premiers commissaires aux comptes ; l'évaluation des apports en nature, étant précisé que le rapport du commissaire aux apports doit être annexé aux statuts. De surcroît, il doit être établi, sous forme de pièce annexée aux statuts, un état des actes accomplis pour le compte de la société en formation. Eventuellement, les statuts peuvent également comporter un mandat donné à un ou plusieurs des actionnaires de prendre des engagements pour le compte de la société pendant la période comprise entre la date de la signature des statuts et la date d'immatriculation de la société (1).

Le législateur a eu pour but en réalité d'obliger les rédacteurs à prendre parti sur des points à propos desquels un certain choix leur est laissé afin de traduire leurs préoccupations essentielles. Il en résulte qu'il devient difficile de séparer les clauses statutaires ainsi imposées de celles qui sont volontairement insérées. A propos de ces dernières, il convient pourtant de noter qu'en raison du caractère institutionnel de la société, elles ne sauraient heurter les prescriptions légales. La possibilité d'insérer des clauses supplémentaires n'équivaut pas à la liberté totale d'en prévoir de n'importe quelle nature. La loi en déclare nulles certaines ou les répute non écrites ; à l'égard d'autres dont elle reconnaît la validité entre associés, elle décide leur inopposabilité aux tiers.

Sont ainsi réputées non écrites, dans toutes les sociétés, les clauses d'intérêt fixe ou intercalaire (2) ou celles contraires aux dispositions relatives à la liquidation (3). Sont inopposables aux tiers, les dispositions statutaires restreignant les pouvoirs des dirigeants sociaux (4) ainsi que celles limitant les pouvoirs du liquidateur (5).

A côté de cette première catégorie de restrictions, en existent d'autres particulières à chaque type de société. S'agissant d'une société anonyme, sont réputées non écrites : toute clause contraire à la règle se-

(1) Art. 74 al. 3 décret 67.236.

(2) Art. 348 loi 1966.

(3) Art. 402 loi 1966.

(4) Art. 14, 49, 98, 113 al. 3 et 126 al. 3 loi 1966.

(5) Art. 412 loi 1966.

lon laquelle l'actionnaire peut se faire représenter à une assemblée par un autre actionnaire ou par son conjoint, ce droit ne pouvant être ni limité ni élargi (1) ; la clause contraire à la règle exprimée à l'article 174 de la loi de 1966 selon laquelle, en principe, le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et selon laquelle chaque action donne droit à une voix au moins ; la clause interdisant l'accès de l'assemblée générale extraordinaire à un actionnaire ne possédant pas un nombre minimum d'actions (2) ; la clause contraire au principe en vertu duquel l'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions (3) ; la clause conférant au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de décider une augmentation de capital (4) ; la clause contraire à l'article 183 alinéa 2 de la loi relatif au droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital ou aux dispositions de l'article 291 concernant le remboursement des obligations et de l'article 317 déterminant les actes interdits aux assemblées d'obligataires.

229 § 2. Les formalités de publicité.

La publication des statuts satisfait l'intérêt des tiers en les renseignant sur les structures sociales. Elle sert également à protéger les actionnaires au moment où ils s'engagent à devenir membres de la société en éclairant leur consentement. C'est donc dès la période de fondation que des mesures de publicité s'imposent. Il suffit ensuite d'assurer la perpétuation de leurs effets. Signe indéniable de leur importance, elles conjuguent les instruments de publicité dynamique et statique. On le remarque déjà au cours de la constitution et cela reste vrai après la formation.

230 A/ Formalités concomitantes de la constitution.

Les formalités de publicité à accomplir au cours de la constitution de la société sont doubles. Le projet de statuts doit être déposé au greffe du tribunal de commerce et faire l'objet d'un avis dans un journal d'annonces légales.

(1) Art. 161 al. 1 et 3 loi 1966.

(2) Art. 166 loi 1966.

(3) Art. 246 loi 1966.

(4) Art. 180 al. 4 loi 1966.

I - Le dépôt d'un projet de statuts au greffe du tribunal de commerce du lieu du futur siège social (1).

Il convient immédiatement de préciser le domaine de cette exigence. Le législateur et l'autorité réglementaire n'ont employé à aucun moment, ni directement, ni par voie de référence, l'expression de projet de statuts à propos de la constitution de la société sans appel public à l'épargne. D'ailleurs l'article 84 de la loi de 1966 écarte expressément l'obligation de déposer ce document au greffe en ce qui concerne ce type de société.

Cette formalité présente un triple intérêt. Tout d'abord, le projet de statuts constitue la base de l'accord auquel les souscripteurs sont invités à adhérer. Encore faut-il qu'ils en connaissent les termes. Aussi, tant que le dépôt n'a pas eu lieu, aucune souscription ne peut être reçue (2). En second lieu, étant donné que les décisions de souscrire se fondent sur ce projet publié, il importe que celui-ci ne puisse pas être unilatéralement modifié par les fondateurs. Seule l'unanimité des souscripteurs pourrait y porter atteinte dans le cadre de l'assemblée constitutive (3). Enfin, la date du dépôt fixe le point de départ du délai de six mois passé lequel, si la société n'a pas été constituée, les fonds recueillis des souscripteurs pourront leur être restitués (4).

Aux termes de l'article 74 al. 1 de la loi de 1966 : "le projet de statuts est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs". Mais le décret d'application semble avoir contredit cette règle en prévoyant que le texte doit être "revêtu de la signature des fondateurs", ce qui sous-entend que tous doivent l'avoir signé. Pour certains commentateurs, le décret n'aurait fait que dissiper une rédaction légèrement équivoque de la loi laquelle en visant un fondateur se serait en réalité référée à l'hypothèse de son unicité (5). En revanche, d'autres auteurs ont émis des doutes sur le bien-fondé de cette analyse qui rompt avec la pratique antérieure à la réforme (6). Le décret a-t-il contredit la loi ou n'a-t-il fait que la compléter en énonçant une précision qu'elle comportait virtuellement ? S'il y

(1) Art. 74 al. 1 loi 1966 et art. 58 décret 67.236.

(2) Art. 74 al. 3 loi 1966.

(3) Art. 79 al. 2 loi 1966.

(4) Art. 83 al. 2 loi 1966 ; art. 71 décret 67.236 ; Com. 29.1.1974 J.C.P. 1974 - 17815.

(5) Hémard, Terré, Mabilat, La réforme des sociétés commerciales, 1967 p. 53-54.

(6) Bastian J.C.P. 1968 - 2183 n° 374.

a véritablement contradiction, il est certain que, du point de vue des principes, la solution légale doit l'emporter, alors surtout qu'elle est conforme à la règle passée et que les travaux préparatoires n'indiquent pas que le législateur ait entendu la répudier.

232

II - L'avis dans un journal d'annonces légales.

Les statuts doivent toujours faire l'objet d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social (1). Le décret de 1967 attribue à cette insertion un rôle nouveau. Pour reprendre la formule utilisée, elle intervient "lorsque les autres formalités de constitution ont été accomplies". La société, en tant que contrat, n'est ainsi définitivement constituée que lors de la publicité par la presse, et non pas dès la signature des statuts ou la réunion de l'assemblée constitutive comme il était généralement admis avant la réforme. L'avis est signé par le notaire qui a dressé l'acte constitutif ou au rang des minutes duquel il a été déposé, et par un des fondateurs ou des premiers associés ayant reçu un pouvoir spécial à cet effet dans les autres cas (2).

233

Le contenu de la publication a été minutieusement précisé par les textes (3). Elle reprend en premier lieu les mentions que doit contenir obligatoirement l'acte de société aux termes de l'article 2 de la loi de 1966 et qui visent à l'identification de la future personne morale : la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle ; la forme choisie ; le montant du capital ; l'adresse du siège ; l'objet social et la durée pour laquelle la société a été constituée.

A ces indications générales s'ajoutent trois catégories d'informations. Les premières sont relatives à la formation du capital : le montant libéré ; le nombre et la valeur nominale des actions souscrites en numéraire ; la description sommaire et l'évaluation des apports en nature ainsi que le nombre et la valeur nominale des actions attribuées en rémunération de ceux-ci. Les secondes définissent les droits propres des actionnaires : les conditions d'admission aux assemblées et d'exercice du droit de vote, notamment les conditions d'attribution du droit de vote double ; le cas échéant,

(1) Art. 285 décret 67.236 modifié par décret 68.25 du 2.1.1968.

(2) Art. 285 al. 2 décret 67.236.

(3) Art. 285 al. 3 décret 67.236.

l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions et la désignation de l'organe social habilité à statuer sur les demandes d'agrément ; les dispositions statutaires relatives à la constitution de réserves et à la répartition des bénéfices et du boni de liquidation, ainsi que les avantages particuliers stipulés au profit de toute personne. Les troisièmes révèlent les nom, prénom usuel et domicile des commissaires aux comptes et des dirigeants c'est-à-dire de ceux ayant, dans la société, la qualité d'administrateur, président du conseil d'administration, directeur général, membre du directoire, membre du conseil de surveillance, ou plus largement, des personnes ayant le pouvoir général d'engager la société envers les tiers. Enfin, l'indication du greffe du tribunal où la société sera immatriculée au registre du commerce permet la consultation plus détaillée du projet de statuts (du moins, pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne).

234

Sous l'empire du régime de la loi de 1867, un arrêt isolé de la chambre des requêtes de la Cour de cassation avait décidé qu'il n'était pas nécessaire de faire figurer sur l'extrait d'autres mentions que celles prévues par la loi (1). Mais cette interprétation restrictive n'avait reçu l'approbation ni de la doctrine (2), ni de la majorité de la jurisprudence (3). Elle apparaissait contraire à l'esprit de la loi qui avait organisé la publicité pour que les tiers obtinssent tous les renseignements susceptibles de les intéresser. Ainsi, la Cour de cassation (4) avait-elle décidé par exemple que si des dettes afférentes à l'apport d'un associé étaient mises par le pacte social à la charge de la société, les clauses le prévoyant devaient être publiées.

Actuellement, le décret énonce les mentions que doit comprendre l'avis sans les limiter. Toutefois, dans la mesure où le registre du commerce constitue désormais l'instrument essentiel de publicité, l'utilité de ces énonciations complémentaires apparaît faible. Seule une publication dans un bulletin central unique rendrait cette information d'un accès facile et sûr. D'autant que l'insertion prend place à un moment où la société n'existe

(1) 2.3.1885 D.P.1885-1-441, S.1885-1-362.

(2) Ripert préc. 3^e éd. n° 655 ; Escarra et Rault préc. n° 137.

(3) Req. 20.7.1870 D.P.1871-1-339 ; Civ. 14.12.1886 D.P.1890-1-385 ; Req. 19.7.1893 D.P.1894-1-158.

(4) Arrêt du 14.12.1886 précité.

pas encore. Rien n'oblige les associés à persister dans leur intention et solliciter l'immatriculation. L'insertion n'a donc pas la valeur d'une information définitive, ce qui peut contribuer à réduire l'intérêt que les tiers voudraient lui porter. D'ailleurs, la directive européenne du 9.3.1968 ne prévoit pas de publicité dans un journal choisi par les assujettis. Elle requiert uniquement une publication dans un bulletin national (1).

235

B/ Formalités postérieures à la constitution.

On retrouve encore le dualisme : publicité statique et publicité dynamique. La première se manifeste par la double possibilité de consulter ou d'obtenir une copie des statuts au registre du commerce ou au siège social. La seconde résulte de la publication au B.O.D.A.C..

236

I - La publicité statique.

Le décret n° 67.236 accorde à tout actionnaire le droit, à toute époque, d'obtenir au siège social, la délivrance d'une copie certifiée conforme des statuts en vigueur au jour de la demande (2). Cette forme de communication est exclusivement réservée aux membres de la société. Les tiers doivent s'adresser au greffe du tribunal de commerce. La publicité des statuts qui y est réalisée doit être exactement située dans son cadre. Elle constitue une des conditions de l'immatriculation de la société au registre du commerce.

A peine d'irrecevabilité de la demande d'immatriculation au registre du commerce, les fondateurs et les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance, sont tenus de déposer au greffe du tribunal de commerce la déclaration de conformité (3) ainsi que d'autres pièces justificatives de la situation des associés et des dirigeants. Parmi elles doit figurer l'attestation que le dépôt des pièces en annexe exigé par l'article 52 du décret n° 67.237 a bien été effectué. Ce dé-

(1) Article 3. 4°.

(2) Art. 153 décret pour la société anonyme. La société doit y annexer la liste, comportant leurs nom, prénom usuel et domicile, des gérants, administrateurs ou membres du conseil de surveillance ou du directoire, selon le cas, ainsi que des commissaires aux comptes en exercice. Pour cette délivrance, il ne peut être exigé une somme supérieure à deux francs.

(3) Voir *supra* n° 196.

pôt n'a pas pour objet de permettre au greffier de vérifier le bien-fondé de l'inscription requise ; ce sont les pièces à joindre à la demande d'inscription qui doivent être utilisées à cette fin ; il sert à informer les tiers qui peuvent, à tout moment, en demander copie ou extrait (1).

Ce moyen d'information n'était pas totalement absent du système législatif antérieur. Mais actuellement il ne se limite plus aux actes juridiques de la constitution des sociétés et constitue une formalité annexe à l'immatriculation au registre du commerce (2). Le lien établi entre le dépôt et l'immatriculation s'explique par le désir de faire du registre du commerce la publicité essentielle en matière de société. Il était donc logique de prévoir que les tiers, après avoir pris connaissance des mentions souvent sommaires du registre, puissent se reporter pour plus de détails à l'original des statuts et des principaux actes relatifs à la constitution.

Les pièces à déposer doivent l'être en deux exemplaires certifiés conformes : 1° deux expéditions des statuts s'ils sont établis par acte authentique, ou deux originaux s'ils sont établis par acte sous seing privé

2° le cas échéant, deux copies des actes de nomination des personnes membres des organes de gestion, d'administration, de direction, de surveillance et de contrôle de la société ;

3° deux exemplaires de la déclaration prévue à l'article 6 alinéa 1 de la loi du 24.7.1966, c'est-à-dire de la déclaration de conformité.

Le dépôt de deux originaux des statuts fait difficulté lorsqu'il s'agit d'une société anonyme se constituant avec appel public à l'épargne. Quel "original" convient-il de déposer pour satisfaire aux prescriptions de l'article 55 ? Il ne saurait être question du projet de statuts car celui-ci a déjà fait l'objet d'un dépôt avant le début des opérations de souscription (3). Seraient-ce les originaux du procès-verbal de l'assemblée constitutive puisque celle-ci a approuvé les statuts ? (4). Mais, dans ce cas, l'article 57 du décret de 1967 relatif au registre du commerce se contente de deux copies. La difficulté ne se présentait pas dans le régime antérieur. L'article 55 de la loi de 1867 exigeait le dépôt de deux originaux de l'acte constitutif,

(1) Art. 65 et s. décret 67.237.

(2) Art. 282 décret 67.237.

(3) Art. 74 loi 1966, art. 58 du décret n° 67.236.

(4) Art. 79 loi 1966.

c'est-à-dire du procès-verbal de l'assemblée constitutive.

Pour les sociétés par actions, le dépôt prévu à l'article 55 comprend en outre : 1° deux expéditions de la déclaration notariée de souscription et de versement, à laquelle est jointe la liste des souscripteurs qui mentionne le nombre d'actions souscrites et les sommes versées par chacun d'eux ; 2° si la société a été constituée par appel public à l'épargne, deux copies du procès-verbal des délibérations de l'assemblée constitutive ; 3° en double exemplaire, le rapport des commissaires aux apports sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi des avantages particuliers (1).

238

Le dépôt au greffe ne remplit son rôle d'information que si les pièces qui en sont l'objet reproduisent exactement les dispositions adoptées par les associés. Le décret s'efforce en conséquence de garantir cette fidélité. Il y parvient en requérant des expéditions des statuts rédigées par les notaires détenteurs de la minute.

S'ils ont été rédigés par acte sous seing privé, des originaux s'avèrent nécessaires. Les statuts destinés au dépôt doivent donc être rédigés sur timbre, revêtus de la mention de l'enregistrement et comporter toutes les signatures requises pour leur validité, c'est-à-dire celles de tous les associés, sauf s'il s'agit d'une société anonyme constituée avec appel public à l'épargne (2).

Si les statuts ont été rédigés sous seing privé, puis déposés au rang des minutes d'un notaire, il semble qu'il faille tout de même en déposer deux originaux. En effet, l'article 55 du décret n° 67.237 prévoit que les originaux des statuts établis sous seing privé indiquent, le cas échéant, le nom et la résidence du notaire au rang des minutes duquel ils ont été déposés. Néanmoins, l'ambiguïté de la formule permettrait peut-être, comme dans le régime ancien, de se contenter du dépôt de deux expéditions (3).

239

II - La publicité dynamique : la publication au B.O.D.A.C.

Après l'immatriculation au registre du commerce, les mentions essentielles des structures sociales font l'objet d'une publication au bul-

(1) Art. 57 du décret n° 67.237.

(2) Art. 37 et 87 loi 1966.

(3) Req. 5.12.1938 D.H.J 99-150.

letin officiel des annonces commerciales (1). A la différence de l'avis inséré antérieurement dans un journal d'annonces légales, cette formalité n'incombe pas aux fondateurs et premiers associés. Le greffier du tribunal de commerce qui procède à l'immatriculation saisit le B.O.D.A.C. dans les huit jours. En revanche, les deux publications se rejoignent quant à leur contenu. Des indications identiques à celles précédemment énumérées sont reprises ici : identification de la société ; informations relatives à la formation du capital ; la ou les activités exercées ; désignation des dirigeants et des personnes ayant le pouvoir général d'engager la société envers les tiers (2).

240

Section 2 - La nomination et la cessation des fonctions des organes sociaux.

Jusqu'à la réforme de la loi de 1867 par les décrets-lois de 1935, les révocations et démissions, pas plus que les nominations d'administrateurs nouveaux, n'étaient sujettes à publicité. La composition du premier conseil d'administration n'était elle-même connue que par le dépôt au greffe des procès-verbaux des assemblées constitutives. Un décret-loi de 1935 rendit obligatoire l'indication dans la publicité légale de l'époque du nom des personnes chargées de gérer et administrer la société. Les modifications intervenues par la suite devaient également être publiées dans la même forme.

La législation issue de la réforme du droit des sociétés de 1966 attache une importance particulière à la publicité des désignations et des cessations de fonctions des dirigeants (3). En effet, il aurait été vain d'accorder aux dirigeants tous les pouvoirs pour agir au nom de la société et de déclarer les clauses contraires inopposables aux tiers, si ces derniers n'avaient pas eu les moyens de connaître, d'une manière indiscutable, les dirigeants en fonction. La publicité contribue ainsi à la sécurité juridique des tiers en les informant des nominations, renouvellements et cessations de

(1) Art. 286 du décret n°67.236

(2) Art. 13 décret 67.237 modifié par le décret n°75.1236 du 24.12.1975 ; art. 2-b décret 67.238. Depuis le décret n° 75.1236, ne sont plus publiés au B.O.D.A.C. : l'objet social ; la durée pour laquelle la société a été constituée ; le montant de la fraction libérée du capital s'il ne l'est pas entièrement ; le montant des apports en numéraire et l'évaluation globale des apports en nature ; les avantages particuliers stipulés au profit de toute personne ; l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions.

(3) Le régime actuel résulte des articles 8 loi 1966 modifiée par la loi du 4.1.1967, art. 285 et 287 décret 67.236, art. 11-8°, 22, 33, 43, 44, 55-2 et 58 décret 67.237.

fonctions. Toutefois, le besoin de sécurité juridique ne commande une publication que relativement à certains dirigeants qu'il convient de déterminer.

- 241 § 1. Personnes dont la nomination ou la cessation des fonctions doit être publiée.

La première directive européenne du 9.3.1968, article 2 § 1-d, impose la publicité de la nomination, de la cessation des fonctions ainsi que de l'identité des personnes qui, en tant qu'organes légalement prévus, ou membres d'un tel organe ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice, ou participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société; la publication doit en outre préciser si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement.

- 242 Cette dernière disposition a été interprétée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 12 novembre 1974, sur renvoi de la Cour suprême fédérale allemande en application de l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne (1). Une société à responsabilité limitée avait mentionné simplement au registre du commerce que, s'il était nommé plusieurs gérants, elle serait représentée par deux gérants ou par un gérant et un fondé de pouvoirs; le fonctionnaire chargé de la tenue du registre lui avait enjoint notamment de préciser qu'au cas où elle n'aurait qu'un seul gérant celui-ci serait habilité à la représenter seul. La société ayant refusé de s'incliner et l'affaire ayant été portée finalement devant la Cour suprême fédérale, celle-ci posa à la Cour de justice de Luxembourg la question de savoir si "lorsque l'organe représentatif d'une société peut être composé d'un ou plusieurs membres et que, en cas de nomination d'un seul membre, le droit national prescrit impérativement le pouvoir exclusif de représentation de ce membre, il faut non seulement publier le régime applicable en cas de nomination de plusieurs membres, mais encore indiquer, en cas de nomination d'un seul membre, que celui-ci engage seul la société".

(1) Affaire 32/74 Firma Friederich Haaga GmbH; R.T.D.Com. 1975 p. 112 et s. obs. Houin.

La Cour de justice s'est prononcée en faveur de la seconde solution pour une raison tirée du but de la directive qui est d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers dans la perspective d'une intensification des courants d'échange entre Etats membres à la suite de la création du Marché commun. Dans une telle perspective, l'arrêt énonce qu' "il importe que toute personne désireuse d'établir et de poursuivre des rapports d'affaires avec des sociétés situées dans d'autres Etats membres puisse aisément prendre connaissance des données essentielles relatives à la constitution des sociétés commerciales et aux pouvoirs des personnes chargées de les représenter ; que dans l'intérêt des transactions juridiques entre ressortissants des différents Etats membres, il importe, dès lors, que toutes les données pertinentes figurent, de manière explicite, dans des registres ou recueils officiels, même si certaines d'entre elles découlent de plein droit de la législation nationale ou peuvent paraître évidentes ; qu'en effet, on ne saurait attendre des tiers une connaissance complète de la législation d'autres Etats membres ou des usages commerciaux qui y prévalent".

Cette interprétation appelle une modification des dispositions des décrets n° 236 et 237 du 23.3.1967 qui se bornent à exiger la mention de l'identité des personnes ayant le pouvoir d'engager la société (1). Ainsi, par exemple, dans le cas de pluralité de directeurs généraux, en face du nom de chacun d'eux, il faudra indiquer qu'il a le pouvoir d'engager seul la société.

43 Par ailleurs, la publicité ne concerne que les personnes qui agissent en tant qu'organes de la société ou membres de cet organe. En revanche, celles qui bénéficient d'une procuration de ces organes, comme des préposés supérieurs, ne tombent pas sous le coup de cette disposition. A propos des personnes qui participent au contrôle des sociétés, encore faut-il préciser la situation des commissaires aux comptes. La publication de leur identité et des informations les concernant n'a lieu que pour autant que ces commissaires soient des organes de la société. Tel est le cas en France, Belgique, Luxembourg et Italie. Au contraire, en Allemagne, les "abschlussprüfer" sont des contrôleurs indé-

(1) Art. 11 al. 2 et 8 décret n° 67.237 modifié par le décret n° 69.1108 du 5.12.1969 pour le registre du commerce ; art. 13-10 et 11 du même décret pour le B.O.D.A.C. ; art. 285 al. 3, 10 et 11 décret n° 67.236 modifié par le décret n° 68.25 du 2.1.1968.

pendants, étrangers à la société ; à ce titre ils n'acquièrent pas la qualité d'organes sociaux (1).

En second lieu, le droit français pourrait sembler en retrait des exigences de la directive si l'on s'en tenait au seul article 8 de la loi de 1966. Ce texte ne vise que les personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, à l'exclusion par conséquent des membres du conseil de surveillance (2). En réalité, ce n'est là qu'un défaut d'harmonisation d'un article antérieur à la promulgation de la directive, car le décret n° 69.1108 du 5.12.1969 qui modifie les textes relatifs au registre du commerce s'y conforme strictement (3).

Il convient enfin d'observer que les articles 78, 102, 103 et 109 du décret n° 67.236 disposent qu'une personne morale membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société anonyme, doit choisir un représentant permanent. Aux termes de l'article 79 du même décret, ce dernier est soumis aux formalités de publicité comme s'il était administrateur en son nom propre (4).

-
- (1) Leur identité doit cependant être portée à la connaissance des tiers, mais en vertu de l'article 2 § 1-g, en même temps que les comptes publiés. La même solution s'applique en droit néerlandais où la loi sur les sociétés n'impose pas la désignation de commissaires aux comptes. Même en France, les sociétés dont les statuts prévoient des censeurs n'ont pas à les soumettre à la publicité. Leur existence n'est révélée que par des annuaires privés : Annuaire Desfossés S.E.F., 1973 ; annuaire Châteaudun - conseils d'administration ; annuaire de l'association des sociétés et fonds français d'investissement ; annuaire du groupement de sociétés immobilières d'investissement ; annuaire des sociétés d'assurances.
 - (2) Telle est d'ailleurs l'opinion émise par M. Guyon. J. Cl. Sociétés, fascicule 49, n° 37.
 - (3) Voir art. 11 - 8° et 33 du décret n° 67.237.
 - (4) Il n'est pas toutefois tenu de l'obligation de déposer en son nom personnel des actions en garantie de sa responsabilité qu'il pourrait engager au même titre qu'un administrateur ordinaire. La doctrine admet cette solution de peur que cette contrainte ne limite abusivement le choix de la personne morale administrateur. Houin et Goré, 1967 p. 176 Bastian J.C.P.1968-1-2183 ; Rép. ministérielle. J.O. débats Sénat 19.11.1968 p. 1117, R.T.D.Com. 1968 p. 1077. Surtout que l'article 91 de la loi a clairement affirmé le principe de la responsabilité solidaire de la personne morale, c'est donc à elle qu'incombe l'obligation de garantir cette responsabilité par le dépôt d'un certain nombre d'actions.

244 § 2. Les formalités de publicité à accomplir.

Le moyen technique de la publicité légale demeure toujours le même. Il requiert de procéder à deux formalités. Premièrement, un avis doit être publié dans un journal d'annonces légales (1). Dans les sociétés anonymes, il y a là une innovation par rapport au régime antérieur (2). La seconde formalité, de beaucoup la plus importante et la plus efficace, consiste en un dépôt au greffe du tribunal de commerce suivi de l'insertion au B.O.D.A.C. de deux copies de l'acte.

L'initiative de la demande d'inscription au registre du commerce incombe évidemment à la société. Celle-ci s'empresse généralement d'effectuer les démarches nécessaires, mais elle peut parfois avoir un intérêt contraire, notamment en cas de démission d'un administrateur ou en présence d'un groupe minoritaire dissident. Pour obvier à cette irrégularité, tout intéressé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité (3).

245 La publicité s'impose quel que soit le mode de désignation ou de cessation des fonctions des dirigeants. En effet, si l'article 8 de la loi de 1966, dans sa rédaction initiale, ne déclarait inopposable faute de publicité que la révocation des dirigeants ; depuis la loi du 4.1.1967, ce texte vise toutes les "cessations de fonctions", y compris celles qui résultent de l'échéance du terme. Il aurait été irréaliste de présumer les tiers suffisamment diligents pour connaître ou vérifier systématiquement les dates normales d'expiration des fonctions des dirigeants avec qui ils traitent.

246 Il arrive parfois que les premiers dirigeants soient désignés par les statuts. Dans ce cas, il aurait été logique d'imposer, après chaque changement, le dépôt au greffe de deux exemplaires des statuts faisant état

(1) Art. 285 et 287 décret 67.236.

(2) Art. 59 loi 1867. Il constitue même le seul mode de publicité de la désignation des représentants de la masse des obligataires, sauf si la société fait publiquement appel à l'épargne, la décision étant aussi publiée au B.A.L.O.

(3) Art. 283 décret 67.236 et art. 22 al. 2 décret 67.237. La Cour de cassation a même admis que le gérant démissionnaire d'une S.A.R.L. a qualité pour faire lui-même porter au registre du commerce la mention de sa démission. Com. 11.10.1971 Bull. n° 235 p. 219.

de la modification intervenue. Or, cette complication a été jugée trop lourde : l'article 288 du décret n° 67.236 prévoit que le nom des premiers dirigeants peut être omis dans les statuts mis à jour et qu'il n'y a pas lieu, sauf disposition statutaire contraire, de le remplacer par le nom des personnes qui leur ont succédé dans ces fonctions. Le terme "omission" signifie que le nom du premier dirigeant doit cesser de figurer dans les statuts dès que celui-ci n'exerce plus ses fonctions. Par conséquent, il semble que l'omission soit une obligation pour la société contrairement à ce que laisserait suggérer la lettre de l'article 288. Ce serait uniquement l'indication du nom du remplaçant dans l'exemplaire à jour des statuts qui aurait un caractère facultatif. La modification doit être mentionnée au registre du commerce dans le délai d'un mois (1).

247 En cas de renouvellement de mandat au cours de la vie sociale, convient-il également de respecter les mesures de publicité ? Sans doute, le renouvellement peut-il s'analyser en une nomination puisqu'il exige une délibération et une décision expresse de l'organe compétent. Sans elles, les fonctions cesseraient de plein droit à l'expiration de leur durée légale ou statutaire (2).

Une telle exigence peut apparaître exagérément formaliste. Les mesures de publicité concernent surtout l'identité des organes sociaux et non les modalités de leur nomination ou la durée de leurs fonctions. Ainsi, l'avis à insérer dans un journal d'annonces légales lors de la constitution de la société n'a à mentionner que les noms des dirigeants sociaux sans préciser la durée de leurs fonctions ni la façon dont ils ont été nommés(3) ; un nouvel avis n'est requis que si l'une des mentions précédemment publiées devient caduque, ce que n'entraîne pas la réélection d'un organe. Des observations analogues peuvent être formulées pour l'inscription de mentions modificatives au registre du commerce. L'article 33 du décret n° 67.237 n'exige une telle mention que pour les faits ou actes qui commandent une modification des insertions prescrites à l'article 11 du même décret : soit seu-

(1) Art. 33 décret 67.237 modifié par le décret 68.26 du 2.1.1968.

(2) Art. 90, 110 al. 2, 122, 134 loi 1966, art. 77 et 101 décret 67.236.
En ce sens : rép. min. 17.12.1969 J.O. A.N. 5002 question n° 8386,
J.C.P.1969.4.44.

(3) Art. 285 du décret n° 67.236.

lement les informations relatives à l'identité des organes d'administration, de direction ou de surveillance, à l'exclusion de celles afférentes à la durée de leurs fonctions ou aux modalités de leur nomination. L'hésitation serait permise uniquement à propos du dépôt d'actes au greffe. L'article 55 du décret n° 67.237 exige, lors de la constitution de la société, le dépôt des actes de nomination des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle quand ils ne figurent pas dans les statuts. L'article 58 requiert le dépôt ultérieur des actes, délibérations ou décisions modifiant soit les statuts ou les pièces qui leur sont annexées, soit les actes ou pièces déposés postérieurement.

La décision de l'assemblée qui renouvelle pour six années les fonctions d'un administrateur ou d'un membre du conseil de surveillance ne pourrait-elle être considérée comme modifiant la délibération antérieure de l'assemblée constitutive qui n'avait conféré ces fonctions que pour les six ans passés ! Cependant, ici encore, il peut être admis qu'il n'y a pas changement de la personne de l'organe et qu'il n'y a donc nulle raison de déposer au greffe la décision de renouvellement. Aucune mention modificative n'est à apporter au registre du commerce. Un autre argument peut d'ailleurs conforter la solution. L'article 8 de la loi de 1966 attache à la publication régulière des noms des dirigeants sociaux d'importants effets vis-à-vis des tiers. Les dirigeants sont présumés avoir été régulièrement nommés et être demeurés en fonctions. Il ne paraît pas nécessaire pour que ces effets persistent que le renouvellement des fonctions donne lieu à l'accomplissement de nouvelles formalités de publicité (1).

La publicité des organes qualifiés pour représenter la société est essentielle pour les tiers qui s'appêtent à entrer en relations avec elle. C'est la raison pour laquelle toute société doit annexer à la copie certifiée conforme des statuts, que toute personne a le droit de requérir au siège social, une liste comportant les nom, prénoms usuels et domicile des administrateurs en exercice (2). Le droit anglais se montre encore plus exigeant. Il assujettit, sauf dispense du Board of Trade, à mentionner les noms des directeurs sur tous les papiers d'affaires. Cette règle, qu'il fut

(1) Rép. Min. J.O. A.N. 15.6.1971 p. 2954 ; question n° 23022 J.O. A.N. 16.5.1972 p. 1561, R.T.D.Com. 1972 p. 399.

(2) Art. 153 décret 67.236.

question de reprendre à l'échelon européen, suscite toutefois des difficultés dans sa mise en oeuvre. Son existence est même controversée en Angleterre car jugée peu utile (1).

249

Section 3 - Les modifications des structures.

Après leur création, les structures sociales peuvent être modifiées jusqu'à réaliser parfois une véritable transformation d'un type de société en un autre. La publicité doit en rendre compte. Les raisons mêmes de l'existence de la publicité constitutive persistent tout au long de la vie sociale. La nécessité de préserver les intérêts des tiers postule une mise à jour si l'on veut éviter le risque qu'ils se fondent sur des informations périmées.

250

§ 1. Publicité commune à toutes les modifications statutaires.

Les formalités de publicité des modifications statutaires obéissent dans l'ensemble à un régime identique à celui de la constitution (2). L'essentiel repose sur le registre du commerce. Néanmoins, dans la mesure où d'autres formes de publicité sont utilisées lors de la constitution, il est logique qu'elles soient à nouveau observées lors des modifications : avis dans un journal d'annonces légales et insertion au B.O.D.A.C. .

La réforme de 1966 s'est efforcée de donner à ces publications un caractère plus directement utilisable qu'auparavant. La publicité ne joue un rôle efficace que si elle permet aux tiers de comparer l'élément ancien et l'élément modifié sans les astreindre à des recherches. Aussi, l'insertion dans un journal d'annonces légales doit-elle désormais juxta-

(1) A. Tunc. Droit anglais des sociétés anonymes p. 113 : la commission Jenkins chargée d'étudier une réforme du droit des sociétés a proposé de l'abroger.

(2) Rép. Min. J.O. A.N. 4.11.1971 p. 1902, question n° 10736.

poser l'ancienne et la nouvelle rédaction des statuts (1). Le dépôt au greffe de l'acte modificatif doit s'accompagner de celui des statuts mis à jour. Cette formalité a toujours lieu d'être même si la modification n'est soumise ni à insertion dans un journal d'annonces légales, ni à inscription modificative au registre du commerce (2). En effet, seules doivent être l'objet d'une telle inscription les modifications des mentions prescrites par l'article 11 du décret n° 67.237 lors de l'immatriculation de la société (3). Si aucun délai n'est fixé par les textes pour l'inscription d'une société en voie de constitution, il n'en va pas de même lorsque se trouvent modifiées les mentions portées au registre. La demande de rectification doit être adressée au greffier dans le mois suivant l'acte modificatif (4).

251

Ces formalités semblent calquées sur la publicité originaire. Cependant l'identité n'est pas parfaite. Ce n'est pas le journal d'annonces légales précédemment choisi comme support qui doit nécessairement publier la modification. La loi se contente d'une nouvelle insertion dans un journal habilité du département. Or, la solution comporte un risque. A une constitution entourée du maximum de publicité peut succéder immédiatement une modification qui passera inaperçue tant certains journaux, bien qu'habilités, ne justifient pas d'une diffusion satisfaisante.

Mieux vaudrait imposer l'insertion là même où elle a eu lieu primitivement. Et cela s'avèrerait-il impossible par suite de la disparition du journal en cause, que l'on pourrait songer à assujettir la société à des publications dans tous les journaux habilités du département. La solution actuelle, critiquable en son principe, n'a pourtant pas d'effets trop malencontreux en raison de l'inefficacité même de l'instrument qu'elle contribue d'ailleurs à renforcer.

(1) Art. 287-7° décret 67.236. Elle doit également se référer au titre, à la date du numéro et au lieu de publication du journal ayant inséré l'avis de constitution ainsi qu'à la date du numéro du B.O.D.A.C. dans lequel a été accomplie la publicité prévue par l'article 286 du même décret. Il convient d'observer que seules les mentions de l'avis initial doivent faire l'objet d'une nouvelle publication lorsqu'elles sont frappées de caducité par suite de modification statutaire. Art. 287 al. 1 décret, idem pour le B.O.D.A.C.. L'avis est signé par le notaire qui a reçu l'acte ou au rang des minutes duquel il a été déposé. Dans les autres cas, il est signé par les représentants légaux de la société. Le pluriel utilisé par l'article 287 du décret force à déduire que tous les représentants doivent signer l'avis, alors que, dans le cas de constitution, la signature de l'un des fondateurs et de l'un des associés suffit.

(2) Art. 58 al. 1 et 59 décret 67.237.

(3) Rép. Min. J.O. A.N. 10.4.1970 question n° 10.432.

(4) Art. 33 al. 1 décret 67.237.

Dans l'hypothèse particulière d'un transfert du siège social en dehors du ressort du tribunal de commerce où la société avait été constituée, les nécessités d'une bonne publicité commandent de déroger à l'accomplissement de formalités identiques. Il convient de recourir à des démarches doubles : relativement à l'ancien comme au nouveau siège social. Au greffe de l'ancien siège, il est procédé au dépôt de deux expéditions ou deux originaux de la décision de transfert. Au lieu du nouveau siège, un avis est publié dans un journal d'annonces légales du département : il indique le transfert et contient, outre les mentions nécessaires lors de la constitution de la société, le lieu et le numéro d'immatriculation au registre du commerce de l'ancien siège social, ainsi que l'indication du registre du commerce où la société sera immatriculée à l'avenir (1).

Pris à la lettre, le texte de l'article 289 semblerait exclure qu'une publicité doive être faite dans un journal du ressort de l'ancien siège (2). En réalité, l'interprétation littérale ne peut être acceptée (3). Elle feint d'ignorer les dispositions générales concernant les modifications statutaires de l'article 287 du décret n° 67.236. Cet article, placé en tête de la section "Modification des statuts", fait renvoi par concordance des formes à l'article 285 qui coiffe la section précédente, consacrée aux formalités de publicité lors de la constitution. Si les auteurs de la réglementation n'avaient pas voulu maintenir cette exigence, ils avaient les moyens d'y mettre fin, lorsqu'ils ont modifié l'article 287 par le décret n° 68.25 du 2.1.1968 qui a supprimé la disposition terminale, en biffant les mots "et par l'article 286" relativement à la publicité au B.O.D.A.C.. La publicité requise dans le ressort de l'ancien siège permet d'informer utilement les tiers.

Puis, dans le délai d'un mois à compter du transfert, la société doit déposer au greffe du nouveau siège deux exemplaires des statuts mis à jour, avec mention en annexe des sièges sociaux antérieurs et des greffes précédents (4). Il s'agit de pouvoir reconstituer l'historique de la

(1) Art. 285-1 et 289 décret 67.236.

(2) Madame Ducouloux Favard l'admet, arguant de surcroît que l'utilité d'une publication à l'ancien siège n'apparaît pas péremptoire. Encyclopédie Dalloz. Droit commercial. Fascicule publicité n° 44.

(3) Rép. Min. J.O. débats Sénat 18.6.1971, question n° 10140.

(4) Art. 60 décret 67.237, modifié par le décret n° 68.26 du 2.1.1968.

société sans exiger un transport, à chaque changement de siège, de toutes les pièces antérieurement déposées en annexe. La société présente également une demande d'immatriculation au nouveau siège(1). Le greffier avertit de la nouvelle immatriculation le greffier du tribunal de l'ancien siège. Celui-ci procède alors d'office, soit à la radiation, soit à la mention correspondante, puis la notifie aux intéressés et au greffier du tribunal du nouveau siège (2).

53 § 2. Publicité renforcée pour certaines modifications statutaires.

Les risques inhérents à certaines opérations justifient parfois des mesures de protection accrues. Ainsi, les fusions, scissions, dissolutions exigent que soient réservés les droits des tiers, spécialement ceux des créanciers sociaux. En effet, leur accomplissement transforme ou entraîne la disparition de la personne du débiteur. La loi de 1966 organise une information préalable à la réalisation de la modification projetée. De surcroît, les actionnaires minoritaires des sociétés concernées par une fusion ou une scission sont menacés d'un traitement inéquitable. Même en excluant l'hypothèse d'agissements délictueux, la majorité peut rechercher des avantages qui ne correspondent pas forcément aux intérêts directs de la société ; or, elle est d'autant plus facilement en position d'imposer son point de vue que la modification projetée a souvent un caractère complexe qui masque sa véritable portée.

54 A/ Réglementation des fusions et scissions.

La loi de 1867 ne régissait aucunement de telles opérations. Ultérieurement, quelques dispositions éparées y furent introduites par des textes particuliers sans pour autant constituer une réglementation d'ensemble de la matière. La pratique avait été obligée de suppléer aux insuffisances légales en se fondant sur les principes généraux du droit des contrats et du droit des sociétés. Grâce à la protection spéciale dont ils jouissaient en vertu de textes étrangers à la fusion, les divers créanciers des sociétés

(1) Art. 12 décret 67.237.

(2) Aix-en-Provence 17.6.1969 R.T.D.Com. 1969 - 572 obs. Houin : un règlement de juges intervint en faveur du nouveau siège où la publicité avait été accomplie malgré l'absence de radiation au greffe du siège antérieur.

concernées se trouvaient prémunis contre les plus graves dangers auxquels l'opération aurait pu les exposer (1). Cette protection indirecte était considérée comme évitant l'institution d'une publicité propre aux fusions, destinée à avertir les créanciers de tous ordres et à leur permettre d'agir utilement. On admettait le substitut d'autant plus aisément que le secret des affaires était selon nombre d'auteurs une "donnée actuelle de l'économie". Si regrettable qu'elle soit sur le plan des principes, l'observation du secret est parfois nécessaire à la réussite économique de certaines opérations et tout spécialement aux fusions, constatait Monsieur Champaud(2).

La réforme de 1966 rompt avec ces précédents. Dorénavant, le droit français connaît une réglementation des fusions et scissions où la plus grande place est accordée à la publicité en tant que moyen de protection (3).

255

I - Publicité du projet.

Dans la procédure antérieure à 1966, ce n'était qu'après la réalisation de la fusion qu'il était possible aux tiers d'en avoir connaissance. Comme pour toute modification statutaire, la publicité était postérieure au changement. Elle est devenue préalable. Toute fusion ou scission débute par l'établissement d'un traité qui permet aux dirigeants des sociétés concernées d'en fixer les conditions, et la double mesure de publicité dont il fait l'objet lui confère la valeur d'un véritable document d'information pour les tiers. L'innovation apparaît considérable. La publicité est exigée pour un projet qui ne sera peut-être jamais mené à terme. A l'égard des actionnaires conviés à se prononcer sur le principe de l'opération, deux rapports complètent l'information : l'un est dressé par les commissaires aux comptes de chacune des sociétés engagées, l'autre émane du commissaire aux apports nommé auprès des sociétés bénéficiaires d'apports.

256

Le traité ou projet de fusion est réglementé minutieusement par le décret du 23.3.1967 qui prescrit au conseil d'administration ou au directoire de l'arrêter en se conformant à un contenu minimum (4). L'article

-
- (1) C. Champaud, Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions. Thèse Rennes, 1961, p. 180.
 - (2) Thèse préc. n° 215.
 - (3) Art. 371 à 389 loi 1966, art. 254 à 265 décret 67.236. P. Biasca - Fusions, scissions de sociétés et droits des tiers G.P. 1969.1.86 ; Y. Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes R.T.D. Com. 1970 p. 15 à 44.
 - (4) G. Baudeu : Protocoles et traités de fusion, 1968, p. 113 et s.

254 alinéa 2 du décret n° 67.236 énonce les dispositions qu'il doit impérativement contenir :

- 1° les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission ;
- 2° les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées, utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
- 3° la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue (1) ;
- 4° le rapport d'échange des droits sociaux ;
- 5° le montant prévu de la prime de fusion ou de scission.

Le projet ou une déclaration annexe doit exposer, en outre, les méthodes d'évaluation utilisées et donner les motifs du choix du rapport d'échange des droits sociaux.

257 La loi assure au projet une double publicité : par dépôt au greffe et par insertion dans les journaux. Conformément à l'article 374 alinéa 1 de la loi de 1966, le traité doit être déposé "au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés absorbantes et absorbées". Bien que le texte ne vise expressément que le cas de la fusion, puisqu'il mentionne exclusivement les sociétés absorbantes et absorbées, il paraît peu douteux qu'il ne s'applique pas également à la scission. Si la fusion ou la scission se réalise par voie de constitution d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, le dépôt est encore requis au greffe du tribunal de commerce du lieu du futur siège social de ces sociétés.

Chacune des sociétés participant à l'opération a par ailleurs la charge de faire insérer dans un journal d'annonces légales du département de son siège social, un avis relatif au contrat. Eventuellement, si l'une au moins des sociétés fait publiquement appel à l'épargne, le même avis doit être inséré au B.A.L.O. (2). Outre la désignation précise des sociétés intéressées, l'avis contient : si la fusion ou scission est réalisée par apport à des sociétés préexistantes, le montant de l'augmentation à laquelle ces sociétés procéderont au titre de la fusion ou de la scission ; l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ; le rapport d'échange des droits sociaux ;

(1) rédaction du décret n° 68.25 du 2.1.68.

(2) Art. 374 al. 2 loi et 255 décret 67.236 modifié par le décret 68.25 du 2.1.1968.

le montant prévu, le cas échéant, de la prime de fusion ou de scission ; la date du contrat de fusion ou de scission ainsi que les date et lieu du dépôt de ce contrat au greffe du tribunal de commerce compétent de chacune des sociétés qui participent à l'opération.

258

Ces formalités ont essentiellement pour objet de protéger les créanciers non obligataires. Pour ceux de la société absorbée, la fusion ou scission entraîne la disparition de leur débiteur auquel est substitué, sans que cela emporte novation, la société absorbante dont le crédit pourrait être moindre. Aussi la loi institue à leur profit une procédure d'opposition qui leur permet, sinon d'interdire le déroulement de l'opération, du moins de sauvegarder leurs droits (1).

Ces premières mesures de publicité ne sont pas toujours suffisantes. Elles n'atteignent pas de façon certaine tous les intéressés. Or, il en est parmi eux qu'il convient d'avertir impérativement : les actionnaires, les obligataires et les porteurs de parts de fondateur.

259

Les formalités précédentes se combinent avec le droit de communication normal dont bénéficient les actionnaires avant toute assemblée générale (2). Son objet se trouve être ici le projet lui-même. Il s'agit d'une innovation de la loi de 1966. Auparavant, seules les résolutions soumises à l'assemblée étaient tenues à la disposition des actionnaires (3).

Depuis 1966, les commissaires aux comptes de chacune des sociétés qui participent à la fusion ou à la scission doivent présenter aux actionnaires de ces sociétés un rapport sur les modalités de l'opération et plus spécialement sur la rémunération des apports faits à la société qui en béné-

(1) Art. 380 al. 2 loi 1966 modifié par l'art. 26 loi 12.7.1967.

(2) Art. 139 décret 67.236.

(3) En outre, après avoir posé le principe que la fusion ou la scission est décidée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires des sociétés absorbantes et absorbées, la loi exige qu'elle soit soumise, dans chacune des sociétés intéressées, à la ratification de toutes assemblées spéciales d'actionnaires groupant les titulaires d'actions de catégories particulières. Art. 376 loi 1966. C'est l'application d'une règle plus générale formulée par l'art. 156 de la loi : "Toute décision d'une assemblée générale tendant à modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie".

ficie (1). Le problème consiste à déterminer la parité d'échange des titres sociaux (2). Pour cela, le conseil d'administration ou le directoire, communique le projet et ses annexes aux commissaires, 45 jours au moins avant la réunion des associés ou des actionnaires appelés à l'approuver (3).

260

Par assimilation à une augmentation de capital par apports en nature, le législateur impose encore l'intervention auprès de la société bénéficiaire d'un ou plusieurs commissaires aux apports (4). Leur nomination s'avère indispensable pour une fusion. Si l'opération est réalisée par voie d'apport à une société préexistante, les commissaires doivent être désignés par le président du tribunal de commerce statuant sur requête à la demande des représentants de la société absorbante. Si elle aboutit à la création d'une société nouvelle, les sociétés apporteurs, agissant en qualité de fondateurs, sollicitent la nomination. Dans le cas de scission, par contre, la présence des commissaires aux apports s'impose uniquement si elle est réalisée au profit de sociétés déjà en place.

La loi impartit aux commissaires d'apprécier la valeur des apports en nature et des avantages particuliers. Ils doivent notamment vérifier que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion. Le cas échéant, ils ont à procéder à la même vérification en ce qui concerne le capital des sociétés bénéficiaires de la scission.

Les tâches respectivement dévolues aux commissaires aux comptes et aux commissaires aux apports ne se recoupent donc pas vraiment. Le rapport des seconds porte sur l'évaluation des biens apportés ; celui des premiers s'attache à la rémunération des apports, c'est-à-dire qu'ils vérifient

(1) Art. 377, 382 et 388 loi 1966. Cette obligation est prévue dans le cas où l'opération intervient entre sociétés anonymes ou entre sociétés à responsabilité limitée dans lesquelles des commissaires aux comptes ont été désignés.

(2) R. Chuilon. Les fusions de sociétés. Recherche des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports. J.C.P. 1970-2-2350.

(3) Art. 256 décret 67.236. M. Baudeau, ouvrage préc. p. 117 et s., déplore la longueur de ce délai et souhaite que les commissaires acceptent de le réduire, du moins dans les opérations courantes. En particulier, rien n'empêche de les associer à l'élaboration du projet plutôt que de les faire intervenir a posteriori.

(4) Art. 378 et 382 loi 1966.

la parité d'échange des actions de la société absorbée ou scindée et de la société bénéficiaire. Il convient toutefois de regretter qu'il n'existe pas de coordination entre les deux interventions. Il serait plus satisfaisant que le commissaire aux comptes ait connaissance des conclusions du commissaire aux apports avant de rédiger son propre rapport (1).

261

Selon une doctrine déjà ancienne, pour être équitable, la parité d'échange doit résulter de la comparaison d'évaluations établies suivant des méthodes identiques pour les diverses sociétés en cause. Or, il ressort des études menées à ce sujet de trop fréquentes imperfections (2).

La C.O.B. a constaté la grande variété des méthodes employées pour l'évaluation et la rémunération des apports, et déploré l'illégitimité de l'emploi de certaines d'entre elles eu égard à la sauvegarde des droits et intérêts respectifs des actionnaires des sociétés concernées. L'objectif d'une information claire et complète n'est pas toujours atteint. L'adoption de tel critère résulte parfois de discussions où ont pu intervenir des considérations inconnues des actionnaires. Présentées comme mathématiquement irréfutables, les parités retenues sont quelquefois issues d'un rapport de forces (3). Un exemple relevé par la Commission illustre parfaitement le problème. Lors d'une fusion, les actifs immobiliers de l'une des sociétés impliquées avaient été estimés à leur valeur au moment de l'opération alors que ceux de l'autre société l'avaient été sur une valeur ancienne. Dans un cas, un immeuble était évalué sur la base de 400 francs le mètre carré alors que dans l'autre des immeubles contigus au premier étaient appréciés à 6000 francs le mètre carré.

(1) Bulletin mensuel C.O.B. n° 11 p. 9.

(2) Rapports annuels de la C.O.B. 1970, p. 71 et 1972 p. 111 et 112 ; la C.O.B. intervient par le visa qu'elle est appelée à donner aux notes d'information que les sociétés sont tenues de publier au moment de l'admission à la cote des actions émises en rémunération d'apports ; trib. corr. Paris, 16.5.1974, G.P. 1974-2-886, D. 1975-37, R.T.D.Com. 1975-123.

(3) Bulletin Conseil national des commissaires aux comptes 1972 p. 452.

(4) Rapport annuel C.O.B. 1971 p. 224. M. le professeur Paillassau a pu regretter que le droit ait quelquefois favorisé cette situation : "La Cour de Paris n'a-t-elle pas décidé, dans un arrêt du 19.5.1972 rendu en application de la loi du 24.7.1867, qu'il n'existe aucun texte qui fasse une obligation à des sociétés affiliées à un groupe de s'abstenir de prendre part au vote d'une assemblée générale extraordinaire portant sur un apport en nature fait par une société de ce groupe, à une autre société dont elle est elle-même actionnaire ? La solution, fondée sur la personnalité morale distincte des sociétés du groupe, est juridiquement valable mais elle peut conduire à des situations très curieuses. N'en est-il pas de même lorsque la société contrôlée et la société contrôlante ont une majorité d'administrateurs communs qui établissent le projet de fusion ou d'apport partiel d'actif. Ne peuvent-ils pas être tentés de rechercher une parité favorable aux intérêts qu'ils représentent ?". R.T.D.Com. 1972 p. 813 et s., n° 33 et 34.

Il conviendrait de soumettre à l'appréciation des actionnaires les méthodes employées et les corrections apportées pour parvenir à l'accord final. Enfin le critère utilisé doit être significatif. Par exemple, il importe d'éviter de calculer une capitalisation boursière sur la moyenne des cours d'une période trop courte ou d'après un marché trop étroit. A cet effet, le droit allemand connaît une solution satisfaisante qui mériterait peut-être d'être imitée : il prévoit l'établissement d'un bilan de clôture dans le chef de la société absorbée et les valeurs mentionnées dans ce bilan valent comme valeur d'acquisition pour la société absorbante. Sous réserve d'une évaluation exacte du bilan, le principe ne peut qu'être approuvé (1).

262 Par ailleurs, la C.O.B. n'a jamais trouvé un rapport d'expert qui conteste les parités proposées par la direction. La raison supposée de cette défaillance semble résider dans l'usage pour les présidents des tribunaux de commerce de nommer commissaire aux apports ou commissaire aux comptes, les personnes proposées par la société. Pour éviter ces inconvénients, la Commission s'est parfois efforcée d'obtenir des magistrats qu'ils procèdent à une désignation d'office (2).

263 Au fond, la Commission des opérations de bourse a dressé une liste des renseignements minimums à inclure dans le rapport de la direction présenté à l'assemblée générale extraordinaire, ou à porter en annexe de celui-ci. Dans le cas de fusion, il a été demandé de faire apparaître nettement la valeur au bilan des éléments apportés et le montant de leur évaluation. Bien que la loi ne le prévoi pas, la Commission a recommandé de mettre le rapport du commissaire aux apports à la disposition des actionnaires quinze jours au moins avant l'assemblée générale extraordinaire. Dans le même sens, elle a souhaité que les sociétés joignent aux documents envoyés aux actionnaires, au titre de l'article 133 du décret de 1967, un exposé sommaire des motifs et des modalités de l'opération. En effet, excepté le texte des projets de résolution, les documents visés par la réglementation ne fournissent aucun autre renseignement. Elle invite enfin à une description de la situation du bénéficiaire des apports et des sociétés apporteurs d'un double

(1) A.K.T.G. paragraphes 153,1 et 155,1 ; J. Renauld, Droit européen des sociétés, 1969, n° 708.

(2) 3° rapport annuel C.O.B. p. 89 et p. 172.

point de vue : préalablement à la mesure projetée et dans la perspective de sa réalisation.

La plupart des sociétés ont accepté de suivre ces préceptes. En général, elles prennent contact avec la Commission et établissent, en liaison avec elle, un document d'information diffusé aux actionnaires dans le même temps que le rapport du conseil d'administration (1). Malheureusement, ces garanties ne s'étendent pas aux sociétés qui échappent au domaine d'action de la C.O.B..

264

Outre l'approbation du projet par les actionnaires et l'accomplissement des formalités de publicité afférentes, l'opération doit encore être portée à la connaissance des porteurs de parts de fondateur et des obligataires des sociétés en cause.

En effet, la liquidation de la société absorbée ou scindée émettrice des parts de fondateur entraîne la disparition de ces titres. Il était donc nécessaire d'assurer à leurs titulaires des droits dans la société absorbante équivalents à ceux qu'ils possédaient antérieurement. En conséquence, le projet se trouve soumis à leur assemblée générale (2).

Pareillement, la loi de 1966 précise les droits des créanciers obligataires des sociétés absorbées ou scindées (3). Qu'il s'agisse de fu-

-
- (1) En Belgique également, il est habituel que la Commission bancaire soit consultée de façon officieuse sur les projets de fusion avant toute annonce au public. La Commission envoie alors des questionnaires et constitue un dossier qui doit comprendre tous les documents nécessaires à ses vérifications. L'expérience de la Commission bancaire en Belgique par G. Gelders, in, Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis. 1970, p. 223.
- (2) Art. 10 loi 23.1.1929.
- (3) La loi de 1966, dans sa rédaction originale, n'indiquait pas nettement si les obligataires d'une société absorbante bénéficiaient d'une protection. L'article 380 mentionnait uniquement que l'offre de remboursement faite aux obligataires de la société absorbée dispensait de soumettre le projet à la masse des obligataires. Pareillement, lors d'une scission, seules les masses des obligataires des sociétés scindées devaient être consultées, en vertu de l'article 384. Quant à l'article 381, son premier alinéa ne visait que les créanciers non obligataires de la société absorbée qui devenaient créanciers de la société absorbante. Mais l'alinéa second du même texte ouvrait un droit d'opposition aux créanciers de la société absorbante ou absorbée. En l'absence de tout qualificatif, on pouvait se demander si ce droit n'était pas accordé sans restriction aux créanciers obligataires de la société absorbante ou aux représentants de leur masse ? L'article 27 de la loi du 12.7.1967 qui insère un nouvel article 381 bis dans la loi de 1966 tranche la question : le projet de fusion n'est pas soumis aux assemblées d'obligataires de la société absorbante. Mais les représentants de la masse, sur mandat de l'assemblée générale ordinaire des obligataires, peuvent former opposition dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que les créanciers non obligataires.

sion (1) ou de scission (2), la société débitrice bénéficie d'une option. En premier lieu, elle peut offrir d'emblée aux obligataires le remboursement de leurs titres. Des mesures de publicité sont imposées de façon à ce que les obligataires soient informés de l'offre qui leur est faite : deux insertions à dix jours d'intervalle doivent paraître dans deux journaux d'annonces légales du département du siège social de la société émettrice, et éventuellement un avis doit être publié au B.A.L.O. (3). Les titulaires de titres nominatifs sont informés par lettre recommandée, et si toutes les obligations revêtent cette forme, la publication dans les journaux devient facultative (4). A défaut de cette proposition, la loi contraint la société absorbée ou scindée à soumettre l'opération de fusion ou de scission à l'assemblée générale extraordinaire des obligataires, afin que celle-ci soit en mesure d'approuver ou d'exercer son droit d'opposition.

II - Publicité de l'opération réalisée.

Après la réalisation de l'opération projetée par l'approbation des actionnaires des sociétés concernées, celles-ci doivent encore respecter toutes les formalités de publicité propres aux modifications statutaires. Pour une fusion réalisée par absorption par une société préexistante, une insertion est effectuée simultanément dans un journal d'annonces légales du département du siège social : d'une part, de la société absorbée, qui mentionne l'apport fusion, sa dissolution et sa liquidation ; d'autre part, de la société absorbante, qui relate l'apport fusion et l'augmentation de capital en résultant. Ensuite il y a lieu de procéder à l'accomplissement du dépôt de pièces au greffe et à la demande d'inscription modificative au registre du commerce. Font l'objet de dépôt : pour chaque société, une déclaration de conformité ; pour la société absorbée, la demande de dissolution et de liquidation et une demande de radiation ; pour la société absorbante, un original ou une expédition notariée du contrat de fusion accompagné du rapport du commissaire aux apports, d'une copie du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire constatant l'augmentation de capital et la

(1) Art. 380 loi 1966.

(2) Art. 384 loi 1966.

(3) Art. 380 loi, art. 263 al. 1 décret 67.236.

(4) Art. 263 al. 2 décret 67.236.

réalisation de la fusion. Dans le cas où l'opération aurait pour résultat la création d'une société nouvelle, il conviendrait de satisfaire aux formalités constitutives de celle-ci.

266

A l'inverse des créanciers, il importe peu aux débiteurs que la solvabilité des sociétés soit modifiée par la fusion ou la scission. Leur unique préoccupation est que celui qui reçoit leur paiement ait qualité pour en donner quittance afin de ne pas être exposés à devoir payer deux fois. A cet effet, le droit commun de l'article 1690 du code civil édicte certaines formalités. La question se pose de savoir si le respect des règles normales de la cession de créance est toujours requis ici, en présence de mesures de publicité tant antérieures que postérieures au changement de créancier ?

Pour y répondre, la Cour de cassation se fonde sur le principe que les règles du droit civil ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions spéciales prévues par la loi commerciale (1). En conséquence, les formalités édictées par le droit des sociétés commerciales créent à l'égard des tiers une présomption légale de connaissance susceptible d'être combattue par la preuve contraire (2).

Déjà énoncée sous l'empire de la législation antérieure à 1966, l'opinion se trouve renforcée par la réforme. Le régime institué suffit à renseigner les débiteurs sur les droits que leur nouveau créancier tient de la fusion ou de la scission. Ainsi, récemment, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait déclaré irrecevable l'action en paiement introduite par une société absorbante et tendant au règlement d'une créance qui faisait partie de l'actif de la société absorbée, sous prétexte que l'apport constituait un transport auquel l'article 1690 du code civil était applicable, et qu'en l'absence de signification au débiteur, ce transport lui était opposable (3).

(1) Civ. 27.11.1865 D.P. 1866-1-56.

(2) Com. 26.6.1961 G.P.J. 962-1-62. Contra : Req. 28.4.1869 D. 1869-1-445 ; Angers 30.5.1961 Quot. Jurid. 9.12.1961, J. Cl. Sociétés fasc. 1643 n° 60.

(3) Civ. 1°, 7.3.1972 R.T.D.Com. 1972-654, D. 1972-545, Bull. Civ. n° 71 p. 65, J.C.P. 1972-2-17270 note Guyon. Dans le même sens : Civ. 1°, 25.4.1974 G.P. 1974 p. 635 note Plancqueel. Traité Ripert et Roblot n° 1592 ; Loussouarn, R.T.D.Civ. 1973-772.

L'arrêt présente un intérêt en ce qu'il ne se fonde plus, pour justifier la dérogation au principe de droit civil, sur l'autonomie du droit commercial. Ses motifs énoncent que la société absorbée vient activement et passivement au lieu et place de la société absorbante réalisant une transmission de patrimoine, alors que l'article 1690 ne s'appliquerait qu'aux transports à titre particulier. L'analyse mérite approbation car la fusion opère transmission de l'ensemble du patrimoine social et diffère fondamentalement de la cession de créance civile. L'article 265 du décret n° 67.236 ne laisse d'ailleurs subsister aucune équivoque sur ce point : "Le patrimoine des sociétés absorbées ou fusionnées est dévolu à la société absorbante ou à la société nouvelle issue de la fusion dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération".

267

Faut-il en déduire qu'en cas de fusion ou scission il n'y a pas lieu d'observer les conditions et formalités auxquelles sont subordonnées les cessions de droits mobiliers ou immobiliers, spécialement en vue de les rendre opposables aux tiers ? Une solution est certaine : les baux commerciaux dont la société absorbée était titulaire sont transmis de plein droit à la société absorbante (1).

S'agissant de la transmission d'un fonds de commerce, une réponse ministérielle avait indiqué que la publicité de l'apport en société d'un fonds de commerce devait être effectuée (2). Mais une autre réponse ministérielle a considéré que la double formalité de publicité ne paraissait pas justifiée (3). Elle se réfère sinon à la lettre du dernier alinéa ajouté par la loi de 1966 à l'article 7 de la loi du 17.3.1909, du moins à l'esprit de la nouvelle réglementation des fusions et scissions. En effet, puisque l'article 381 de la loi de 1966 ouvre aux créanciers non obligataires des sociétés participant à la fusion une faculté d'opposition à compter de la dernière publication du projet, on n'aperçoit pas comment ces dispositions précises pourraient se cumuler avec les règles relatives à la publicité

(1) Art. 35 al. 2 décret n° 53.960 du 30.9.1953 modifié par la loi n° 66.538 et la loi du 16.7.1971.

(2) Rép. min. n° 8223 J.O. A.N. 1.2.1969 p. 4533.

(3) Rép. min. n° 9747 J.O. A.N. 7.3.1970 p. 546. A. Solal, La nouvelle situation des créanciers de l'apporteur de fonds de commerce en cas d'apport par voie de fusion ou de scission de sociétés. R.T.D.Com. 1967 p. 459 à 465.

de l'apport d'un fonds de commerce à une société (1). En réalité, il convient d'écarter tous les termes de l'article 7, et non pas seulement l'alinéa quatrième, lorsqu'un droit d'opposition est ouvert aux créanciers en vertu de l'article 381, c'est-à-dire quand il s'agit d'une fusion entre sociétés anonymes. Tout au plus faut-il continuer à appliquer l'article 7 aux fusions entre sociétés d'un autre type. Cependant, la nature juridique distincte de l'apport de patrimoine au moyen d'une fusion et de l'apport de fonds de commerce autorise à en douter. Il n'est pas certain, depuis comme avant 1966, que les règles de la loi de 1909 relatives à l'apport d'un fonds de commerce à titre particulier demeurent valables au cas d'un apport de patrimoine comprenant un fonds de commerce.

Par ailleurs, faut-il procéder à des inscriptions à la conservation des hypothèques lorsque dans le patrimoine transmis figurent des immeubles ? Faut-il de nouvelles inscriptions à l'institut national de la propriété industrielle si l'actif comprend des brevets ou des marques ? Faut-il procéder à un transfert pour les actions ou obligations nominatives faisant partie du patrimoine ? (2). Si l'actif comprend des sûretés mobilières sans dépossession telles que : nantissement sur fonds de commerce, gage sur automobile, nantissement sur outillage et matériel d'équipement, faut-il que la société absorbante procède à une modification des inscriptions prises au nom de la société absorbée ? Autant de questions auxquelles il n'est pas possible de répondre avec certitude en l'absence de précision dans la loi.

268

La réglementation française actuelle accorde une large place à l'information prise comme moyen de protection contre les dangers inhérents à toutes les restructurations d'entreprises. La proposition de troisième directive adoptée par la Commission des Communautés européennes reprend pour l'essentiel les mêmes dispositions sauf deux originalités. D'une part, la fusion devrait être expliquée aux salariés des sociétés concernées qui pourraient discuter des justifications proposées et leur avis devrait être tenu à la disposition des assemblées générales d'actionnaires (3). D'autre part, l'opération devrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire ou administratif, ou être constatée par un procès-verbal établi en la forme authentique (4). C

(1) Art. 7 al. 1, 2 et 3.

(2) Pour l'affirmative en ce qui concerne ce dernier point : Com. 13.12.1967 R.T.D.Com 1968.365.

(3) Art. 6.

(4) Art. 8.

dernier point présenterait l'avantage incontestable de réduire les risques de mauvaise appréciation des parités d'échange.

Enfin, jusqu'à présent, par le développement de l'information, on a songé à la protection patrimoniale des membres de la société ou des co-contractants de celle-ci. Cette préoccupation est dépassée en Grande-Bretagne. Le droit anglais s'efforce également de préserver les intérêts des consommateurs et concurrents, et envisage pour cela l'effet des fusions sur l'économie nationale (1). Le Monopolies and Mergers Act de 1965 permet au Board of Trade, quand une fusion proposée ou réalisée depuis moins de six mois a placé dans les mains d'une entreprise un tiers d'un marché ou un actif excédant 5 millions de livres, de demander à la Monopolies Commission d'examiner la situation et de lui adresser un rapport. Si la Commission estime la fusion contraire à l'intérêt général, elle doit adresser des recommandations au Board of Trade. Celui-ci dispose alors de pouvoirs très larges pour empêcher la fusion ou ordonner la revente de tout ou partie des actions ou des biens acquis.

B/ Publicité relative à la dissolution de la société.

Avant la réforme de 1966, rien n'était prévu concernant la liquidation des personnes morales dissoutes. Il était fait application de l'article 1872 du code civil qui assimile le partage entre associés au partage des successions. Certaines règles de publicité avaient cependant été aménagées tant pour l'information des associés que celle des tiers.

Aujourd'hui, le législateur a comblé cette lacune et réglementé fort complètement la liquidation, que celle-ci intervienne à la suite d'une dissolution judiciaire ou qu'elle soit amiable. Les formalités de publicité sont renforcées tant au cours de la période durant laquelle se succèdent les opérations de liquidation que lors de la phase finale de disparition de la société par sa radiation.

(1) Droit anglais des sociétés anonymes. A. Tunc p. 233 : voir auteurs cités.

I - Publicité de la mise en liquidation.

La nomination des liquidateurs marque en principe le début de la liquidation, et fait l'objet des premières formalités de publicité. Mais cela n'est pas forcément le cas. La nomination des liquidateurs peut ne pas avoir lieu au moment même de la dissolution de la société. Ainsi, par exemple, quand la loi de 1966 sanctionne certaines dispositions par une dissolution de plein droit (1).

Quelle qu'en soit la forme, l'acte de nomination des liquidateurs doit être publié, dans le délai d'un mois, dans un journal d'annonces légales du département du siège social et, si la société fait publiquement appel à l'épargne, au B.A.L.O. (2). Cet avis contient déjà tous les éléments qui permettent l'identification de la société concernée. S'y ajoutent : la mention de la cause de la liquidation ; la désignation des liquidateurs avec, le cas échéant, les limitations apportées à leurs pouvoirs ; le lieu où la correspondance doit être adressée et celui où les actes relatifs à la liquidation doivent être notifiés, ainsi que le rappel du tribunal de commerce dont le greffe recevra en dépôt, en annexe au registre du commerce, les actes et pièces afférents à la liquidation (3).

Ces formalités de publicité incombent aux liquidateurs (4) qui deviennent les représentants légaux de la société en liquidation. Par simple lettre, ils doivent ensuite faire connaître aux titulaires de titres nominatifs les indications qui figurent (5) sur l'avis publié.

La dissolution elle-même doit être déclarée dans le délai d'un mois, à compter de la décision qui l'a prononcée, au greffe du tribunal où la société est inscrite, en vue d'être mentionnée au registre du commerce. Y sont indiqués les nom, prénoms, domicile des liquidateurs et le journal

(1) Art. 499 et 500 : défaut de mise en harmonie des statuts des sociétés constituées antérieurement à la réforme de 1966.

(2) Art. 290 al. 1 décret 67.237.

(3) Art. 290 al. 2 décret 67.237.

(4) Art. 291 décret 67.237.

(5) Une disposition intéressante est prévue par l'article 273 dernier alinéa du décret de 1967 : si la société n'était pas tenue d'avoir ou n'a plus de commissaire aux comptes au moment de sa liquidation, un ou plusieurs contrôleurs peuvent être nommés afin de surveiller les opérations. Leur nomination est soumise aux mêmes formalités de publicité que celle des liquidateurs.

d'annonces légales où leur nomination a été publiée (1). L'accomplissement des formalités s'impose même si la dissolution résulte de l'échéance du terme stipulé dans les statuts. Certes, dans ce cas, les tiers connaissent en principe la dissolution. Il paraît néanmoins utile de le leur rappeler et de leur indiquer le nom du liquidateur qu'ils ignorent sauf si celui-ci avait été désigné statutairement. En tout état de cause, la déclaration pourrait être faite par application de l'article 32 du décret n° 67.237 relatif à la cessation d'activité d'une société. Eventuellement, si la dissolution de la société intervient à la suite d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation de biens, le greffier chargé de la tenue du registre l'inscrit d'office. A cet effet, le greffier du tribunal ayant statué adresse au greffier du registre du commerce une requête par lettre recommandée (2).

Sauf dans le cas où elle est une conséquence de l'arrivée du terme de la société, la dissolution entraîne forcément une modification des publications antérieures au bulletin national (3). En conséquence, le greffier du registre du commerce doit, dans les huit jours de l'inscription de la dissolution, faire paraître un avis au B.O.D.A.C. indiquant : 1° la raison ou la dénomination sociale ainsi que, le cas échéant, le sigle ; 2° la forme de la société ; 3° le montant de son capital ; 4° l'adresse de son siège ; 5° le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce ; 6° la dissolution de la société (4).

Enfin, la dissolution doit être portée à la connaissance des tiers par l'intermédiaire des documents sociaux. La dénomination sociale doit être suivie de la mention "société en liquidation" dès l'instant où la dissolution est effective, c'est-à-dire quand la décision judiciaire devient définitive ou dès que la décision des associés est prise. Cette mention, accompagnée du nom des liquidateurs, doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers.

(1) Art. 38 décret 67.237.

(2) Art. 27 décret 67.237.

(3) Art. 13 décret 67.237.

(4) Art. 33 al. 2 décret 67.237.

273

II - Publicité de la gestion de la société en liquidation.

La liquidation de la société n'est pas toujours réalisable rapidement. Elle peut s'effectuer sur plusieurs exercices. Les liquidateurs, assimilés aux administrateurs qu'ils remplacent, sont tenus de procéder aux formalités de publicité que ces derniers auraient eu à accomplir (1). Ils doivent publier toute décision entraînant la modification de mentions précédemment insérées dans un journal d'annonces légales ou au B.A.L.O. (2). Bien que les textes ne l'exigent pas expressément, les règles relatives à la publicité des résultats financiers restent à observer, ainsi que l'obligation de réunir l'assemblée générale annuelle. Les actionnaires peuvent prendre communication des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement à la dissolution (3). Notamment, ils doivent être informés de la situation active et passive de la société, de la poursuite des opérations et du délai nécessaire pour les clore.

274

Les opérations de clôture de la liquidation font l'objet de dispositions particulières. Les comptes définitifs, les décisions d'assemblées relatives à ces comptes ou même les décisions judiciaires qui s'y rapportent, doivent être déposés par les liquidateurs au greffe du tribunal, en annexe au registre du commerce (4). La publicité requise de la société se termine avec celle de l'avis de clôture de la liquidation dans un journal d'annonces légales. Exceptionnellement, le choix de ce journal n'est pas libre. L'avis doit être inséré dans celui qui a publié l'avis de nomination des liquidateurs (5). La solution s'avère sans doute judicieuse. Mais que se passe-t-il si, pendant le cours de la liquidation, qui peut nécessiter plusieurs années, le journal en question a disparu ? Les textes sont muets. Si la société a fait publiquement appel à l'épargne au cours de son existence, un deuxième avis doit être inséré au B.A.L.O..

Ces avis mentionnent : 1° la raison sociale ou la dénomination de la société et, le cas échéant, son sigle ; 2° la forme de la société suivie de la mention "en liquidation" ; 3° le montant du capital social ; 4°

(1) Art. 291 al. 1 décret 67.236.

(2) Art. 291 al. 2 décret 67.236.

(3) Art. 414 loi 1966.

(4) Art. 270 décret 67.236.

(5) Art. 399 loi 66.537, art. 290 et 292 décret 67.236.

l'adresse du siège social ; 5° les numéros d'immatriculation au registre du commerce et à l'I.N.S.E.E. ; 6° les nom, prénom usuel et domicile des liquidateurs ; 7° la date et le lieu de la réunion de l'assemblée ayant décidé la clôture de la liquidation, l'indication que les comptes des liquidateurs ont été approuvés par cette assemblée ou, à défaut, la date de la décision judiciaire de clôture avec l'indication du tribunal qui l'a prononcée ; 8° le greffe auprès duquel sont déposés les comptes des liquidateurs (1).

Dans le délai d'un mois à compter de la clôture, le liquidateur doit demander la radiation de l'immatriculation au registre du commerce. A partir de cette radiation, la société disparaît (2). Si la liquidation n'est pas clôturée dans le délai d'un an à compter de l'inscription au registre du commerce de la mention de la liquidation, une radiation d'office intervient (3). Quant à la radiation de l'immatriculation secondaire des établissements permanents, elle doit être sollicitée dans le délai de deux mois à compter de la cessation d'activité, sous peine d'une radiation d'office (4).

La publicité de tous ces actes ou faits permet aux tiers et aux associés de connaître la structure de la personne morale. Elle ne suffit pas. Une information financière revêt autant d'importance précisément parce que les sociétés commerciales n'offrent comme garantie que leur patrimoine.

(1) Art. 292 al. 2 décret 67.236.

(2) Art. 38 décret 67.237.

(3) Art. 38 al. 2 et 3 décret 67.237. Sauf prorogation demandée par le liquidateur pour les besoins de la liquidation. La prorogation, valable un an, peut être renouvelée.

(4) Art. 39 al. 1 et 2 décret 67.237.

CHAPITRE II - REUNION DES CAPITAUX ET OPERATIONS FINANCIERES.

La mise en place de la structure sociale s'accompagne d'une publicité destinée à rassembler le capital. Le souscripteur qui fait un apport à la société doit connaître quelle en est la contrepartie. A un degré moindre, cette information sert les intérêts des tiers : le patrimoine social étant distinct de celui des actionnaires, il importe qu'aucune fraude ne soit réalisée pour soustraire certains biens aux poursuites des créanciers personnels des apporteurs.

Le besoin de protection persiste tout au long de la vie sociale : l'épargne peut être sollicitée lors d'une augmentation de capital et les créanciers sociaux demeurent attentifs à la conservation de leur gage. La publicité doit rendre compte de toute modification du patrimoine originaire.

Section I - La réunion des capitaux.

L'actionnaire en souscrivant son titre consent une triple abdication (1). Il soustrait d'abord de son patrimoine une valeur dont il fait apport à la société qui en devient propriétaire. Il se soumet aussi au pacte social sans pouvoir user du droit de libre discussion qui appartient normalement à tout contractant. Les statuts forment un tout qu'il doit accepter ou refuser en bloc (2). Enfin, la société, une fois constituée, n'a même pas à respecter le pacte qui lui a donné naissance. Les assemblées générales extraordinaires peuvent le modifier dans toutes ses dispositions, sous réserve du respect des droits propres des actionnaires. La convention ne fait pas ici la loi des parties ou plutôt elle ne la fait qu'à l'égard

(1) Thèse Jean Du Garreau de la Méchenie. Les droits propres de l'actionnaire. Poitiers, 1937, p. 36.

(2) Note Thaller sous Req. 9.2.1903 D. 1905-1-265.

de l'une d'elles : l'actionnaire. Cet abandon mérite une contrepartie (1).

Lorsque la société ne fait pas appel au public parce que tous les actionnaires sont connus : elle se constitue entre fondateurs, la création est instantanée et les règles de fondation sont simplifiées. La période constitutive ne dure qu'un trait de temps. Les futurs actionnaires souscrivent les actions et leurs apports forment le capital social. La réunion des capitaux ne nécessite donc normalement aucune autre formalité de publicité que celles afférentes à la mise en place des structures sociales (2).

Toute différente se présente la situation pour les sociétés anonymes sollicitant publiquement l'épargne. Des promoteurs armés de moyens puissants s'efforcent d'atteindre une épargne disséminée qu'il convient de protéger contre sa crédulité. Il peut y avoir concomitance avec la constitution. Bien plus souvent cependant, la société se forme sans appel public à l'épargne et diffuse ensuite ses titres.

278

Sous l'empire de la loi de 1867, les fondateurs organisaient l'information en toute latitude. Aucune mesure de publicité n'était requise. Le législateur avait estimé qu'il appartenait à chaque apporteur de fonds de se renseigner lui-même. Il était seulement admis que si les fondateurs avaient tenu à rédiger auparavant les statuts, et si sur la foi de ce document des adhésions avaient été recueillies, il leur était impossible d'en modifier les termes sous peine de s'exposer aux peines prévues dans le cas d'escroquerie (3).

Des tentatives de réforme ne tardèrent pas à apparaître. Dès 1884, le Sénat avait proposé que le projet d'acte de société fût publié dix jours avant l'émission. En 1897, la proposition Fleury-Ravarin prescrivait avant toute émission par voie d'appel au public, sous quelque forme que ce fût, la publication dans un journal d'annonces légales d'un prospectus

-
- (1) Thèse Du Garreau de la Méchenie, préc. : "Le droit de propriété, droit absolu et privatif est remplacé pendant la durée de la société, par le droit de vote, droit de participer à la formation collective. Mais par le droit de vote, l'actionnaire agit non seulement sur sa mise, mais sur toutes les mises de ses coassociés. Son droit absolu sur un objet restreint devient un pouvoir imprécis sur un objet plus étendu : il gagne en extension ce qu'il perd en compréhension". p. 36
- (2) Hémard J. La constitution des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, Etudes à la mémoire d'Henri Cabrillac, 1968, p. 269.
- (3) Art. 15 loi 24.7.1867 - Thèse R. Guignard, La publicité dans les sociétés par actions, Poitiers 1926, p. 26 ; thèse J. Hourtoulle, La souscription d'actions, Bordeaux, 1942 p. 5.

circonstancié qui aurait dû permettre d'apprécier la valeur des titres proposés (1). Puis un autre essai fut tenté en 1903 (2). Ces efforts reçurent une consécration législative en 1907. En vertu de l'article 3 de la loi du 30.1.1907 (3), les émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs sur le marché en France d'actions, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils fussent, de sociétés françaises ou étrangères, étaient tenus, avant de procéder à toute mesure de publicité, d'insérer au B.A.L.O. une notice contenant un certain nombre de renseignements. Ultérieurement, les affiches, prospectus et circulaires devaient reproduire les énonciations de cette notice et porter mention de son insertion. Enfin, il était nécessaire que les annonces publiées dans les journaux continssent les mêmes dispositions ou, tout au moins, un extrait, avec référence à la notice. Ce régime fut amélioré par trois décrets-lois de 1935. Le premier, en date du 8.8.1935 créait au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital et organisait en conséquence une publicité pour permettre l'exercice de ce droit. Le second, portant la même date que le précédent, régissait le démarchage (4). En troisième lieu, l'article 7 du décret-loi du 30.10.1935 sur la protection des obligataires réglementait minutieusement : l'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France par voie d'offre au public, d'obligations négociables. (5)

La loi du 24.7.1966 reprend une partie des dispositions précédentes. Elle institue une publicité financière devant recevoir application chaque fois que le public est sollicité. A côté de ces premières règles, une réglementation particulière a été édictée lorsque le capital social est formé d'apports en nature.

§ 1. Publicité financière lors de la sollicitation de l'épargne.

La sollicitation de l'épargne est susceptible d'intervenir à différents moments : à la constitution de la société, lors de la réunion du capital originaire ; au cours de la vie sociale, soit que la société

(1) J. Soc. 1898 p. 47.

(2) Rev. Soc. 1903 p. 391 et s. ; J. Soc. 1903 p. 289.

(3) Loi complétée par les décrets du 27.2.1907 et du 3.2.1912.

(4) Art. 10 et 11.

(5) H. Bosvieux, Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales (D.L. du 30.10.1935) J. Soc. 1936 p. 606 et s.

veuille augmenter son capital, soit qu'elle procède à l'émission d'un emprunt obligataire, soit enfin que les titres jusqu'alors détenus par les fondateurs soient diffusés dans le public.

La loi entend offrir des garanties aux souscripteurs qui consentent à s'engager vis-à-vis de la société. Afin de déterminer la valeur des actions offertes, il convient de fournir des renseignements sur l'émission et la société qui y procède. D'une part, le souscripteur doit pouvoir s'assurer que les titres représentent effectivement une quote-part des biens possédés par la société et que celle-ci est capable de distribuer un dividende en rapport avec le capital investi. D'autre part, les émetteurs doivent mentionner les usages auxquels sont destinés les fonds.

L'appel au public intervient rarement lors de la fondation d'une société par actions. Le plus souvent, les fondateurs préfèrent utiliser la procédure constitutive des sociétés ne faisant pas publiquement appel à l'épargne qui est plus simple. Ultérieurement, ils réaliseront une augmentation de capital avec recours public à l'épargne, ils émettront un emprunt obligataire ou ils diffuseront dans le public les titres de la société et solliciteront pour cela leur admission à la cote officielle (1). Si l'émission d'actions ou d'obligations obéit à un régime sensiblement identique, la publicité relative à l'inscription à la cote diffère quelque peu.

La réforme de 1966 avait subordonné l'émission de titres à la publication préalable d'une notice au B.A.L.O.. Subsidiairement s'y ajoute depuis le 1.1.1968 la diffusion obligatoire d'une note d'information. Ce dernier document, contrôlé par la C.O.B., apparaît désormais essentiel. Son domaine est aussi plus vaste puisque s'étendant aux admissions à la cote.

(1) Pour échapper aux formalités contraignantes de la constitution des sociétés anonymes, la pratique antérieure à 1966 constituait bien souvent une S.A.R.L. immédiatement transformée. Pour mettre un terme à ce procédé, l'art. 69 al. 2 loi 1966 n'autorise la transformation d'une S.A.R.L. en société anonyme que si elle a déjà établi et fait approuver par ses associés le bilan de ses deux premiers exercices. Voir : R.T. Com. 1970 p. 736 et 737.

A/ Publicité d'une notice au B.A.L.O.

Les sociétés par actions qui font publiquement appel à l'épargne sont tenues, préalablement à toute autre mesure de publicité, d'insérer une notice au B.A.L.O. lorsqu'elles procèdent à une des opérations suivantes : émission d'actions à la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital, émission d'obligations. Dans tous les cas, la notice rappelle les éléments servant à l'identification de la société émettrice. Ensuite, le particularisme de chaque opération commande des indications spécifiques.

A la constitution, la notice signée des fondateurs reprend déjà l'énoncé des droits propres des actionnaires de la même manière qu'il figure dans les deux publications au journal d'annonces légales et au B.O.D.A.C. relatives à la publicité des statuts. D'ailleurs, la date et le lieu du dépôt du projet de pacte social apparaissent également. Ensuite, les modalités précises de l'offre de souscription sont présentées : le montant du capital à souscrire ; le nombre des actions à souscrire en numéraire et la somme immédiatement exigible comprenant, le cas échéant, la prime d'émission ; la valeur nominale des titres, distinction étant faite éventuellement entre chaque catégorie ; la description sommaire des apports en nature, leur évaluation globale et leur mode de rémunération, avec indication du caractère provisoire de ces deux derniers renseignements. Enfin, la mention des détails pratiques de la souscription parachève l'information : le délai ouvert pour la souscription, avec l'indication de la possibilité de clôture anticipée en cas de souscription intégrale ; le nom et la résidence du notaire ou la dénomination sociale et le siège de la banque qui recevra les fonds provenant de la souscription ; les modalités de convocation de l'assemblée générale constitutive et le lieu de réunion (1).

Dans le cadre d'une augmentation de capital, la notice est élaborée suivant un schéma identique. Elle est complétée par la publication en annexe du dernier bilan. Si celui-ci a déjà été publié au B.A.L.O., la notice peut se contenter de s'y référer ; et lorsqu'il a été établi à une date antérieure de plus de dix mois, une situation provisoire doit être publiée (2).

(1) Art. 59 al. 2 décret 67.236.

(2) Art. 160 décret 67.236.

Pour l'émission d'un emprunt obligataire, les perspectives diffèrent notablement. La notice doit faire état en premier lieu des conditions de l'émission proprement dite : son montant ; la valeur nominale des obligations à émettre ; le taux et le mode de calcul des intérêts et autres produits ainsi que les modalités de paiement ; l'époque et les conditions de remboursement ainsi qu'éventuellement les conditions de rachat des obligations ; le cas échéant, le montant des obligations convertibles en actions émises par la société, avec l'indication du ou des délais d'exercice de l'option accordée aux porteurs pour convertir leurs titres ainsi que les bases de la conversion ; s'il s'agit d'obligations échangeables contre des actions, les modalités et conditions fixées pour l'échange. Mais l'originalité de la présente notice résulte surtout de la prise en considération de la qualité de créancier de l'obligataire. Il importe de l'informer des garanties qui lui sont accordées. A cette fin, doivent être annexés à la notice les mêmes documents que dans le cas d'une augmentation de capital, avec au surplus des renseignements sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours ou de celui qui le précède si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été réunie. Non content de ces premières exigences, la réglementation impose l'insertion dans la notice de mentions supplémentaires : les garanties conférées aux obligataires ; le montant non amorti des autres obligations antérieurement émises ainsi que leurs garanties ; les emprunts obligataires garantis par la société et, le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts (1). En réalité, ces prescriptions semblent encore insuffisantes. L'énumération n'aurait pas dû être limitative. Le souscripteur a intérêt à connaître de façon précise la situation patrimoniale de la société emprunteuse : quel est son avoir actuel, et quelles sûretés de toutes sortes a-t-elle déjà fournies à ses créanciers ? En 1900, M. Pierre Brandeis exprimait déjà cette idée dans sa thèse intitulée, "De la protection des obligataires dans les sociétés commerciales" (2) : "Il faut porter à la connaissance des souscripteurs tout ce qu'il leur est essentiel de savoir au moment où ils s'engagent. Il faut leur indiquer d'une façon précise quelle est la situation exacte de la société emprunteuse, quel est son avoir actuel, quels emprunts elle a déjà contractés, quelles sûretés elle a déjà fournies à ses créanciers".

(1) Art. 211 décret 67.236.

(2) Dijon, 1900, p. 24.

281

Juridiquement, la notice a une importance fondamentale. Pratiquement, ce n'est pourtant pas elle qui informe le public mais plutôt les prospectus, affiches et annonces dans les journaux dont les textes légaux ne prévoient l'usage qu'à titre facultatif (1). Il était donc particulièrement important de s'assurer de la conformité des seconds documents au premier.

Prospectus et circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice et se référer au numéro du B.A.L.O. dans lequel elle a été publiée. Les affiches et les annonces dans les journaux doivent en reprendre au moins un extrait. Dans tous les cas, ces documents doivent mentionner la signature de la personne ou du représentant de la société dont l'offre émane et préciser si les valeurs offertes sont cotées ou non, et dans l'affirmative indiquer à quelle bourse (2).

Enfin, à propos des constitutions de sociétés, l'article 60 du décret n° 67.236 formule une exigence supplémentaire. Par rapport à la notice, les prospectus et circulaires doivent en outre exposer sommairement les projets des fondateurs relativement à l'emploi des fonds à provenir de la libération des actions souscrites.

282

B/ La note d'information.

L'emploi des prospectus et circulaires visés par le décret de 1967 sur les sociétés doit devenir moins fréquent depuis l'institution de la C.O.B. L'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations boursières impose à toute société qui fait publiquement appel à l'épargne de faire imprimer un document destiné à l'information du public et portant

(1) Tchernoff, Le prospectus de placement D.H. 1936 chron. 9.

(2) La loi n° 72.6 du 3.1.1972 relative au démarchage financier a abrogé le décret-loi du 8.8.1935 dont l'article 10 oblige de mentionner sur les prospectus ayant pour objet de solliciter l'achat et la souscription de valeurs mobilières étrangères, l'indication des noms et adresses des administrateurs, la signature du représentant qualifié dont l'offre émane, ainsi que l'indication de la bourse où sont cotées les valeurs. En revanche, l'article 9 du décret-loi du 30.10.1935 oblige toujours de faire figurer sur les prospectus pour l'émission d'obligations de sociétés ou collectivités étrangères, la signature de la personne ou du représentant qualifié de la collectivité dont l'offre émane et si les valeurs offertes sont cotées ou non, et dans l'affirmative à quelle bourse.

sur l'organisation, la situation financière et l'évolution de l'activité de la société. Malgré l'affirmation de la Commission selon laquelle ce document ne remplacerait pas le prospectus, il est évident que les sociétés qui ont à établir une note d'information ne publient pas de prospectus. La diffusion obligatoire de l'un enlève à l'autre son utilité. La loi du 3.1.1972 a renforcé cette prééminence puisqu'elle a repris les mêmes dispositions à propos de toute opération de démarchage en vue de faire souscrire ou acheter des valeurs mobilières (1).

Les termes de l'ordonnance indiquent clairement que ses rédacteurs ont eu essentiellement en vue les augmentations de capital et les émissions d'obligations. Toutefois, la généralité de l'expression employée par l'article 6 recouvre aussi la constitution. Avant l'admission à la cote officielle des bourses de valeurs d'actions ou d'obligations, l'impression d'une note d'information s'avère également obligatoire (2).

- (1) Loi n° 72.6 du 3.1.1972 ; décret d'application n° 72.468 du 22.8.1972. Les blue sky laws des U.S.A. promulguées pour prévenir et réprimer les fraudes relatives à la promotion et au financement des sociétés constituent des précédents à ces mesures. L'Etat du Kansas fut le premier à adopter en 1911. En vertu des dispositions légales, les sociétés étaient désormais tenues, en cas d'émission de titres, de publier et de faire enregistrer auprès de l'autorité administrative compétente un document très détaillé sur leurs activités. Il était également défendu de vendre les titres sans en avoir reçu l'autorisation préalable du commissaire chargé de la surveillance des banques. Durant la première année qui suivit la promulgation de la loi, 1500 demandes d'enregistrement furent déposées sur lesquelles 75 % furent rejetées comme étant frauduleuses. L'initiative prise par le législateur du Kansas attira l'attention des autres Etats. Dix-huit d'entre eux adoptèrent des dispositions semblables dans les cinq années qui suivirent et actuellement tous en ont promulgué à l'exception du Nevada. Enfin à partir de 1933, avec la création de la S.E.C., une réglementation fédérale est venue renforcer le système.
- (2) L'admission de valeurs mobilières à la cote officielle ainsi que la désignation des bourses où elles sont négociées relève de la décision de la C.O.B. après avis de la Chambre syndicale des agents de change. Loi 14.2.1942 art. 12 modifiée par le décret 68.30 du 3.1.68. L'émetteur doit fournir, à la requête de la Chambre syndicale, tous les renseignements et documents nécessaires à la cotation. Ce dossier comporte : une documentation générale, une documentation d'ordre économique et financier et une documentation d'ordre juridique. Une lettre est par ailleurs adressée à la C.O.B. formulant la demande accompagnée d'un projet de note d'information. L'instruction de la demande comporte trois phases : la société doit faire procéder à une révision comptable approfondie par un cabinet spécialisé choisi par elle avec l'accord de la Commission. La Chambre syndicale étudie le dossier communiqué par la société et transmet ses conclusions à la Commission. Examen du projet de note d'information.

La Société alsacienne de supermarchés a eu l'obligeance de nous communiquer personnellement le détail des frais exposés pour l'admission de ses titres à la cote de la bourse de Nancy en 1974 : rémunération des banques introductrices, 200.000 F. ; impression des actions, 116.000 F. ; impression de la documentation, 200.000 F. ; campagne publicitaire, 190.000 F. ; révision comptable, 350.00 F. ; divers, 25.000 F. Soit un total de 1.081.000 francs pour un chiffre d'affaires de 757000.000 francs en 1973.

Avant son établissement définitif le projet doit être soumis au visa préalable de la C.O.B. Il est accompagné d'une note destinée à l'information de la Commission, ainsi que des statuts à jour et certifiés conformes, des comptes-rendus des assemblées générales ordinaires des cinq derniers exercices écoulés et des procès-verbaux complets et certifiés conformes des assemblées générales extraordinaires ayant eu à connaître des opérations faisant l'objet de la note. La C.O.B. peut indiquer les énonciations à modifier ou les informations complémentaires à y insérer et demander toutes explications ou justifications. Après obtention du visa, le texte de la note ne peut plus, en principe, être modifié.

Aucun texte ne détermine les mentions qui doivent figurer sur la note d'information. Mais la Commission a établi des modèles qui se présentent en deux parties : (1) un schéma qui énumère les rubriques à traiter et propose un plan pour leur présentation (document A) ; les directives précisant le contenu de certaines rubriques (document D). Le schéma et les directives dressent la liste des informations minima. Parmi elles, deux ont été particulièrement développées.

En premier lieu, la Commission tente de généraliser la publication d'un tableau de financement faisant connaître le montant des ressources de la société et de leurs emplois, soit pour le dernier exercice, soit de préférence pour les cinq dernières années.

Ensuite, compte tenu des souhaits exprimés par les différents utilisateurs, la C.O.B. a incité les sociétés à donner des renseignements plus nombreux et plus précis sur leurs perspectives d'avenir et sur le but de leurs opérations financières. Ce point a souvent suscité des difficultés. La réticence des dirigeants se fonde tant sur les dangers que ferait courir à leur entreprise la divulgation de ces renseignements auprès des concurrents, que sur les reproches que formuleraient les actionnaires si un objectif n'était pas atteint. Consciente de ces préoccupations, la C.O.B. n'exige pas la publication d'un plan de financement prévisionnel à long terme. Elle estime cependant que, dans la plupart des cas, des prévisions à court terme peuvent être données sans inconvénient. Ainsi, lorsqu'une augmentation de capital a lieu en fin d'année, l'épargnant sollicité doit connaître les

(1) Bulletin mensuel août-septembre 1973, n° 52.

perspectives de résultats pour l'exercice qui se termine et les possibilités de dividendes. Dans le même sens, la C.O.B. estime que les principales affaires contentieuses susceptibles d'affecter substantiellement les résultats ne devraient pas rester ignorées des actionnaires et du public. Si aucun litige important n'est à signaler, la note d'information doit d'ailleurs contenir la mention suivante : "Aucun procès ou litige susceptible d'affecter substantiellement les résultats ou la situation financière de la société n'est en cours" (1).

284

Aux termes de l'article 6 de l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967, la note d'information doit être remise ou adressée à toute personne dont la souscription est sollicitée. Elle est tenue à la disposition du public au siège social et dans tous les établissements chargés de recueillir les adhésions, ainsi qu'à la Chambre syndicale des agents de change dans le cas d'une introduction en bourse. En fait, la C.O.B. n'exige pas que la note soit systématiquement remise ou adressée à toute personne dont la souscription est sollicitée. Toutefois cet allègement n'est consenti qu'à la condition expresse que tout communiqué, affiche, annonce ou circulaire qui porte l'opération à la connaissance du public mentionne de façon apparente l'existence de la note ainsi que le numéro du visa, et indique les moyens de se la procurer sans frais. Par ailleurs, la Commission souhaite que mention de la note d'information soit également faite dans la notice publiée au B.A.L.O. et dans les bulletins de souscription adressés aux actionnaires (2).

Dès l'octroi du visa, les souscriptions peuvent être recueillies. N'aurait-il pas été opportun d'instaurer un temps de réflexion, fût-il très court, entre le début des opérations de publicité et de sollicitation de l'épargne ? L'institution systématique d'une telle période minimum d'attente constitue une originalité du système américain par rapport aux législations anglaise et française (3). Toute émission de valeurs doit être précédée du dépôt à la S.E.C. d'une déclaration en vue de son enregistrement - registration statement -. Puis pendant vingt jours, il est interdit de vendre,

(1) Instruction de la C.O.B. du 18.3.1969 ; rapport mensuel n° 21 p. 9 ; rapport annuel 1970 p. 83.

(2) Bull. mensuel n° 9 p. 8. L'exigence est identique à celle qu'édictent les art. 2 et 3 du décret n° 71.524 du 1.7.1971 - décret d'application de la loi du 31.12.1970 relative aux sociétés civiles immobilières de capitaux.

(3) Cooling period : période de refroidissement. Tunc, Le contrôle fédéral des sociétés anonymes aux Etats-Unis, R.T.D.Com. 1952 p. 255 et 509 ; cours, Droit des sociétés anonymes aux Etats-Unis, année universitaire 1972-73, Université Paris I, Panthéon Sorbonne.

offrir de vendre ou offrir d'acheter la valeur. Les seules opérations permises sont les négociations préliminaires ou les contrats entre la société émettrice et ceux qui se chargent du placement. La S.E.C. en profite pour vérifier la régularité et l'exactitude de la déclaration. Les professionnels peuvent étudier la valeur, évitant qu'une souscription hâtive à un cours excessif ne les contraigne ensuite à des pressions sur la clientèle pour se débarrasser des titres.

285

Lors de l'admission d'actions d'apport à la cote officielle, la société peut être dispensée d'établir une note d'information si ses actionnaires et ceux de la société apporteuse, dans l'hypothèse où ils ont eu à se prononcer, ont déjà été suffisamment informés. Pour cela, la C.O.B. a dressé la liste des renseignements minima à inclure dans le rapport du conseil d'administration de la société bénéficiaire et de la société apporteuse présenté à l'assemblée générale extraordinaire (1). Une dispense analogue est édictée lorsque l'admission à la cote intervient dans un délai inférieur à un an après l'émission d'actions et l'établissement concomitant d'une note, ainsi qu'au cas d'émission d'actions nouvelles par suite de la conversion d'obligations en actions, ou six mois après l'émission d'obligations, ou enfin dans le cas où une société dont les titres figurent déjà à la cote officielle demande l'inscription d'un nouveau contingent.

286

En proposant des schémas de notes d'information, la Commission avait précisé que les sociétés pouvaient en reprendre les mentions essentielles sous une forme simplifiée dans un prospectus détachable. Comportant une dizaine de pages, instrument de travail apprécié des spécialistes, la note d'information apparaît en effet peu compréhensible à la généralité des souscripteurs. La majorité des épargnants souhaite un document plus condensé et d'un langage plus accessible.

Par des instructions du 11.1.1972, puis du 10.10.1973, la C.O.B. a pris diverses dispositions qui tendent à rendre systématique l'impression d'un abrégé de note d'information. Les deux documents doivent être soumis à son contrôle car il importe d'éviter qu'une simplification extrême ne donne

(1) Document E, note C.O.B. préc.

une image déformée de la réalité complexe du titre proposé. Délibérément, il n'a pas été élaboré de schéma type pour l'établissement des abrégés. Chaque société en adapte le contenu à sa situation particulière (1). Néanmoins, les renseignements suivants doivent toujours y figurer : les modalités principales de l'opération pour laquelle il est fait publiquement appel à l'épargne ; la répartition du capital de la société ; le cas échéant, le groupe dont elle fait partie ; les principaux dirigeants ; l'activité ; le chiffre d'affaires ; les orientations d'avenir ; le but de l'émission ; les résultats financiers des cinq derniers exercices (2) ; le dividende par action des cinq derniers exercices ; pour les sociétés cotées, les cours extrêmes en bourse des cinq dernières années et le dernier cours connu.

287

Plus généralement, considérant que l'information forme un tout et qu'il est souhaitable que les sociétés la développent spontanément, la C.O.B. n'a pas seulement cherché à la faire progresser grâce à des exigences nouvelles en matière de note d'information. Elle a estimé légitime d'alléger le contenu de ce dernier document lorsque l'information continue qui est donnée en cours d'année par la société s'avère satisfaisante. La Commission admet que si la note d'information simplifiée mentionne expressément l'existence du rapport annuel et les moyens de l'obtenir, elle peut se limiter à en compléter les énonciations : actualiser les renseignements chiffrés, rappeler en quelques lignes et tableaux les traits caractéristiques de la société, exposer le but de l'émission et les perspectives d'avenir. La note simplifiée comprend de toute façon la référence à la note complète que le souscripteur peut toujours demander ou consulter. Le bénéfice de ce régime est accordé cas par cas. La Commission examine avec un préjugé favorable les demandes présentées par les sociétés dont la plaquette annuelle fournit des renseignements chiffrés et comptables aussi développés qu'une

(1) Rapport annuel C.O.B. 1972 p. 108.

(2) Les sociétés ayant des filiales ou des participations sont tenues de publier des situations et des comptes de résultats consolidés. Bull. mensuel n° 22 p. 16 ; rapp. annuel 1970 p. 83.

note d'information (1).

288

C/ Réglementation du bulletin de souscription.

Par la réglementation du bulletin de souscription se manifeste encore la volonté du législateur d'informer le souscripteur au moment même où il exprime son consentement. Ces prescriptions ont été introduites en droit français par le décret-loi du 31.8.1937 (2). L'article 76 de la loi du 24.7.1966 les reprend. Lorsque la société se constitue avec appel public à l'épargne, la souscription doit être constatée par un bulletin de souscription daté et signé du souscripteur lui-même ou de son mandataire. L'article 61 du décret n° 67.236 en précise les énonciations : 1° la dénomination sociale de la société à constituer, suivie le cas échéant de son sigle ; 2° la forme de la société ; 3° le montant du capital social à souscrire ; 4° l'adresse prévue du siège social ; 5° l'objet social, indiqué sommairement ; 6° la date et le lieu du dépôt du projet de statuts ; 7° le cas échéant, la portion de capital à souscrire en numéraire et celle représentée par les apports en nature ; 8° les modalités d'émission des actions souscrites en numéraire ; 9° le nom ou la dénomination sociale et l'adresse de la personne qui reçoit les fonds ; 10° les nom, prénom usuel et domicile du souscripteur et le nombre des titres souscrits par lui ; 11° la mention de la remise au souscripteur d'une copie du bulletin de souscription ; 12° la date de la publication au B.A.L.O. de la notice pré-

- (1) Des dispenses totales de note d'information sont fréquemment accordées lors de l'admission à la cote officielle, en fonction de l'une des trois considérations suivantes : une information particulière est inutile - actions attribuées gratuitement, par exemple - ; l'émetteur des titres n'est pas soumis à l'obligation ou en a été dispensé ; une information suffisante a été fournie lors de l'émission des titres. Statistiques relatives aux visas accordés en 1973 et 1974 : (Rapp. C.O.B. 1973 p. 104 et 1974 p. 28 et 101).

	Nombre de visas	Nombre d'abrévés	Nombre de notes simplifiées	Nombre de dispenses
1973	209	73	58	383
1974	163	55	53	386

Le dernier rapport mensuel pour 1975 révèle que le nombre total de visas accordés au cours de l'année s'est élevé à 190 et celui des dispenses a été de 366.

A titre d'exemple, les 190 visas délivrés en 1975 correspondaient aux opérations suivantes : 22 introductions en bourse, 74 émissions d'actions, 66 emprunts obligataires, 13 émissions d'obligations convertibles, 7 O. P.A. et 8 O.P.E.

- (2) Thèse J. Hourtoulle, La souscription d'actions, 1942 ; thèse M. Conseil, La souscription et le versement dans les sociétés par actions, Paris, 1939 ; thèse G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, Toulouse 1961 p. 68.

vue à l'article 59 (1).

Les indications qui doivent aujourd'hui figurer sur le bulletin de souscription sont plus nombreuses qu'auparavant et alors qu'autrefois elles ne comportaient que des généralités concernant la société projetée, elles se réfèrent désormais à chaque souscription particulière.

289

Le décret de 1967, article 61 alinéa 1, exige qu'une copie sur papier libre du bulletin de souscription soit remise au souscripteur. Ce faisant, le texte paraît reproduire une exigence antérieurement formulée par le décret-loi du 31.8.1937 et introduite dans l'article 1 alinéa 5 de la loi de 1867. En réalité, l'emploi du terme "copie" donne à la règle une portée différente de celle qu'elle avait auparavant. Il n'y était alors question que d'un exemplaire du bulletin de souscription. Une controverse s'était précisément instaurée sur le point de savoir si le document remis au souscripteur devait seulement comporter les mentions prescrites par les textes en vigueur ou s'il devait aussi reproduire les mentions particulières à chaque souscription ? En effet, les bulletins de souscription sont constitués par des formules imprimées et comportent des blancs qui sont remplis en fonction des caractéristiques propres à chaque émission. L'exemplaire remis au souscripteur devait-il reproduire toutes les mentions ? Certains l'admettaient (2). Mais leur analyse avait fait l'objet d'une critique pénétrante de la part de Percerou qui se fondait sur la référence de la loi à un "exemplaire" (3).

Aujourd'hui, il ne fait plus de doute que la copie du bulletin de souscription doit comporter toutes les mentions générales ou particulières de l'original. Cette copie n'est cependant pas un double au sens de l'article 1325 du code civil ; à défaut d'être revêtue de la signature des fondateurs ou de leurs représentants, elle n'a pas la valeur probante d'un écrit.

(1) Pour un emprunt obligataire : articles 471 loi et 214 décret 67.236.

(2) Bosvieux, J. Soc. 1938-11 ; Demogue, Rev. Gén. droit comm. 1938, 788.

(3) L'exemplaire du bulletin sur papier libre à remettre aux souscripteurs, Ann. droit comm. 1939-5.

Enfin, l'usage est de faire précéder la signature du souscripteur de la mention : "bon pour souscription". C'est s'embarrasser là d'un formalisme tout à fait superfétatoire (1). Cette pratique est en contradiction avec le double caractère synallagmatique et commercial que la jurisprudence reconnaît au contrat de souscription. Inutile, la formalité s'explique d'autant moins que le souscripteur inscrit en toutes lettres, dans le corps du bulletin, le nombre de titres souscrits. Cela doit lui suffire pour mesurer la portée de son engagement.

Une large distribution des titres suppose une information complète et rapide des souscripteurs éventuels, ce que tous les pays européens réalisent par la rédaction d'un prospectus et la publicité dans la presse. Seulement, si l'unanimité semble faite sur le principe, les modalités divergent. Des régimes diversifiés aboutissent à des cloisonnements étroits et engendrent de sérieux inconvénients chaque fois qu'à l'occasion d'une même opération l'épargne est sollicitée simultanément dans plusieurs pays : allongement des délais, accroissement des frais, contrariétés des exigences des autorités de contrôle quant au contenu des documents à publier (2).

On a suggéré en conséquence d'instaurer une coopération entre les diverses institutions de contrôle pour l'examen des dossiers pluri-nationaux. Une fois satisfaites les exigences de la loi nationale, il devrait en résulter un allègement de fait des procédures dans les autres pays membres. Un groupe de travail de la Commission des Communautés européennes étudie ainsi actuellement l'élaboration de schémas de prospectus qui seraient identiques d'un pays à l'autre. Mais sans attendre les résultats de ces travaux, une amorce de coopération existe déjà : chaque fois qu'une sollicitation de l'épargne ressortit à la fois à la compétence de la C.O.B. et à celle de la Commission bancaire belge, les deux organismes s'efforcent d'aboutir à un document commun.

-
- (1) Le même usage peut être observé dans d'autres contrats où la formalité est tout aussi superflue. Marty et Raynaud, *Droit civil* T.1 n° 232 p. 368, note 4 ; Binet, A propos de la formalité du "bon pour", *R.T.D.Civ.* 1918-41 ; H. Lalou, *La solennisation des actes S.S.P. ou des exigences abusives du "bon pour"*, *D.H.* 1933 chron. 33 ; Philippe Le Tourneau, *Contre le "bon pour"*, *D-1975-187*.
- (2) E. Bairiot, *Les difficultés rencontrées lors de l'émission d'actions à l'échelle européenne*, in, *Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis*, 1970, p. 14.

§ 2. Le régime particulier des apports en nature.

Lors de la constitution d'une société ou à l'occasion d'une augmentation de capital, certains souscripteurs, au lieu de verser en espèces le montant de leur souscription, effectuent des apports en nature souvent essentiels à la société. Ou il arrive que des associés stipulent à leur profit des avantages particuliers destinés à rémunérer des services rendus ou à rendre à la société. Malheureusement, l'expérience révèle des abus. Souvent, une valeur exagérée est attribuée aux biens apportés ou aux services effectivement rendus de sorte qu'une disproportion trop flagrante apparaisse avec les actions ou droits destinés à les rémunérer. Le déséquilibre trompe non seulement les souscripteurs d'actions de numéraire mais encore les créanciers sociaux sur l'importance du capital social (1). La société elle-même risque de souffrir de la majoration artificielle qui affecte dès l'origine son capital. Ensuite, les créanciers personnels des apporteurs doivent être avertis de la soustraction d'une partie de leur gage. La conjugaison de ces divers intérêts démontre à l'évidence la nécessité de mesures spéciales de protection. Le droit y parvient en instituant une procédure de vérification de l'évaluation des apports et en soumettant cette évaluation ainsi que les résultats de son contrôle à la publicité.

La publicité de l'évaluation des apports résulte de la mise en oeuvre du droit commun. Le projet de statuts déposé au greffe du registre du commerce et la notice publiée au B.A.L.O. précisent en effet : l'identité des apporteurs en nature ou bénéficiaires d'avantages particuliers, l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux ou la nature des avantages fournis, et le nombre d'actions remises en contrepartie (2). Exceptionnellement, il semble que dans le cas de tels apports, la rédaction d'un projet de statuts s'impose même si la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne. Une telle opinion se fonde en pratique sur la nécessité pour les commissaires aux apports de ne procéder à leurs vérifications qu'au vu du projet (3).

(1) Vis-à-vis de ces derniers, un tel danger est évité à la constitution des S.A.R.L.. L'article 40 alinéa 2 de la loi de 1966 prévoit que les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans de la valeur attribuée aux apports en nature.

(2) Art. 55 - 4° décret 67.236.

(3) Hémard, Terré, Mabilat, préc., tome 1, n° 779, p. 673.

Par ailleurs, au cas d'émission d'actions d'apports uniquement, la société n'a pas à faire viser de note d'information. L'établissement et le visa de celle-ci ne doivent intervenir qu'à l'occasion d'une éventuelle admission à la cote. Toutefois, la C.O.B. a estimé que, reporté à ce moment, son contrôle était trop tardif et qu'il convenait de se prémunir contre le désordre que provoqueraient des différences entre informations données aux actionnaires avant l'assemblée constitutive et plus tard lors de l'admission à la cote. Elle a donc décidé d'user ici des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance n° 67.836 du 28.9.1967 qui l'habilite à vérifier les informations fournies aux actionnaires par les sociétés.

Le résultat du contrôle de l'évaluation par les commissaires se traduit dans le dépôt d'un rapport écrit huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive. Tout souscripteur peut en prendre connaissance ou obtenir la délivrance d'une copie intégrale ou partielle.

293

Seule la rémunération d'apports en nature par des actions ou l'admission à la cote de ces dernières entre dans le domaine de la réglementation. Or le droit comparé révèle qu'une extension serait souhaitable. Rien n'oblige les dirigeants à soumettre à la procédure de vérification des achats intervenus avant ou ultérieurement à la souscription alors même que les fonds recueillis auraient pour but de les rémunérer.

Le droit anglais s'est montré davantage soucieux de se prémunir contre de tels dangers en élargissant le domaine du contrôle. Le prospectus relatif à une émission de titres doit ainsi "contenir des précisions sur les apports en nature et les achats des deux dernières années, et surtout sur tout bien qui sera payé en tout ou en partie à l'aide de sommes provenant de l'émission" (1).

Cette préoccupation n'a pas échappé aux auteurs de la proposition de deuxième directive européenne. L'article 9 du projet prévoit que

(1) Tunc. Droit anglais des sociétés anonymes, préc., p. 77, n° 63, note 3 : le "return as to allotments" que la société doit déposer au Registrar dans le mois suivant toute émission d'actions doit être très détaillé dans le cas d'apport autrement qu'en numéraire ; et le rapport annuel des directeurs doit préciser la contrepartie de toute émission de titres. Une opposition semblable des deux droits se manifeste encore à propos de leur attitude face aux apports en industrie. Le droit français les ban- nit comme trop peu susceptibles d'une évaluation objective. En Angle- terre ou aux Etats-Unis, l'exclusion des apports en services semble ex- cessive et c'est dans l'information que l'on voit les meilleures chances de protéger le public.

dans les deux ans qui suivent la constitution de la société, l'acquisition par celle-ci de tout élément d'actif appartenant à un fondateur ou à l'un de ses actionnaires pour une contre-valeur d'au moins un dixième du capital souscrit, fait l'objet d'une vérification et d'une publicité, puis est soumise à l'agrément de l'assemblée générale des actionnaires.

294

Indépendamment des règles propres au droit des sociétés, les divers biens, objets d'un apport, peuvent être soumis à un régime spécial de publicité en raison de la mutation qui les affecte. Toute transmission de droit réel immobilier, donc son apport à une société, donne ainsi lieu à une inscription à la publicité foncière. Pareillement, l'apport de brevet ou la cession de ses droits d'exploitation requièrent d'être mentionnés au registre national des brevets tenu auprès de l'institut national de la propriété industrielle (1).

Mais des difficultés ont surgi relativement au fonds de commerce. L'article 7 de la loi du 17.3.1909 prévoit en effet que l'apport en société d'un fonds de commerce doit être porté à la connaissance des tiers au moyen de deux insertions dans les journaux d'annonces légales et au B.O.D.A.C., comme en matière de vente (2). Or, la constitution de la société impose le respect de formalités identiques. En raison de cette similitude, certains praticiens, approuvés par une partie de la jurisprudence, s'étaient autorisés d'une interprétation large des textes. Au lieu de publier deux avis dans le même numéro d'un journal d'annonces légales, ils n'en inséraient qu'un seul contenant toutes les indications requises tant par la loi de 1909 que par la législation propre au droit des sociétés.

La Cour de cassation rejette cette solution (3). Elle rappelle que la constitution de la société et l'apport, l'un et l'autre publiés dans un journal d'annonces légales, doivent faire l'objet de deux avis distincts. Le seul tempérament qu'elle admet est que l'avis relatif à l'apport puisse se référer à celui qui concerne la constitution pour toutes les mentions communes aux deux et à condition qu'ils se suivent.

(1) Art. 43 al. 2 loi n° 68.1 du 2.1.1968 complétée par un décret n° 68.1100 du 5.2.1968 et par un arrêté ministériel du même jour.

(2) Art. 3 décret n° 67.238 du 23.3.1967.

(3) Com. 11.2.1969, J.C.P. 1969-2-16137 note J. Richard, R.T.D.Com. 1969 p. 503, bull. n° 58 p. 58.

Section 2 - Les modifications affectant le capital.

Parce qu'à l'origine de la société le capital représente le seul gage des tiers, il importe de les avertir des modifications susceptibles de l'affecter et spécialement de son amoindrissement. Pour d'autres raisons, l'intérêt porté par les actionnaires aux augmentations de capital réalisées pendant la vie sociale a justifié la création de mesures particulières de publicité. Pareillement, tout changement dans la répartition du capital comporte des dangers pour l'égalité entre les membres de la société par la remise en cause de l'équilibre des pouvoirs qu'il peut provoquer. Le droit tente de les éviter au moyen d'une information appropriée.

§ 1. Les modifications du montant du capital.

Selon qu'il s'agit d'une augmentation ou d'une réduction du capital, des formalités de publicité indépendantes de la modification statutaire réalisée viennent protéger les actionnaires, dans le premier cas, et les tiers, dans le second cas.

A/ Augmentation de capital.

Par l'augmentation de capital, le nombre des titulaires d'actions s'accroît alors que diminue le droit de chaque actionnaire ancien sur l'actif social. Dans le silence de la loi de 1867, beaucoup de sociétés avaient inséré dans leurs statuts une clause qui préservait les droits de leurs membres en leur reconnaissant un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire. Puis le décret-loi du 8.8.1935 consacra cette création de la pratique. La loi du 24.7.1966 la confirme dans son article 183. Cependant, l'intérêt de la société peut impliquer qu'il y soit renoncé. Dans les deux hypothèses, une information est nécessaire.

298

I - L'exercice du droit préférentiel de souscription.

Ce droit n'est créé par la loi que pour la souscription des actions de numéraire émises par la société. Les actionnaires sont informés l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités par un avis publié dans un journal d'annonces légales du département du siège social, et éventuellement au B.A.L.O., six jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription (1). Dans le même délai, les sociétés qui ne font pas publiquement appel à l'épargne doivent en outre avertir tous les titulaires de titres nominatifs par lettre recommandée avec accusé de réception. Pour mieux garantir la portée de cette information, la loi de 1966 précise que le temps accordé pour l'exercice du droit préférentiel ne peut pas être inférieur à trente jours à dater de l'ouverture de la souscription (2).

299

II - La renonciation au droit préférentiel de souscription.

Aux termes de l'article 186 alinéa 1 de la loi de 1966 : "l'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Elle statue à cet effet, et à peine de nullité de la délibération, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur celui des commissaires aux comptes" (3). La renonciation peut d'ailleurs intervenir de manière anticipée dans deux hypothèses : lors d'une émission d'obligations convertibles ou échangeables contre des actions et en cas d'ouverture d'options de souscription d'actions au profit des salariés(4).

300

Le rapport du conseil d'administration ou du directoire.
L'article 155 du décret n° 67.236 en précise le contenu. Il doit indiquer "les motifs de l'augmentation du capital et de la suppression du droit préférentiel de souscription".

(1) Art. 156 décret 67.236.

(2) Art. 188 loi 1966.

(3) Thèse A. Jauffret, Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles, Aix, 1926 ; du même auteur, La modification du capital émis dans les sociétés anonymes, notamment du point de vue des droits de souscription préférentielle, R.T.D.Com. 1974 p. 183 et s. ; J. Hémard, La suppression du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital dans les sociétés anonymes, in Mélanges Jauffret, p. 393 et s.

(4) L'article 195 al. 2 de la loi décide que "l'autorisation (d'émission d'obligations convertibles en actions) comporte, au profit des obligataires, renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions qui seront émises par conversion des obligations". Art. 201 al. 2 loi 1966 pour les obligations échangeables. Art. 208-2 al. 1 pour l'ouverture d'options de souscription d'actions, rédaction de la loi n° 70.1322 du 31.12.1970.

férentiel de souscription proposée, les attributaires des actions nouvelles, le nombre d'actions attribuées à chacun d'eux, le prix d'émission des actions et les éléments de fixation de ce prix".

La rédaction initiale de ce texte encourut rapidement des critiques. En effet, au cas d'appel public à l'épargne, l'indication des attributaires des actions nouvelles et le nombre d'actions attribuées à chacun d'eux se révélait impossible. Deux décrets intervinrent en conséquence pour assouplir les conditions requises et dispenser, au cas d'appel public à l'épargne, de l'indication du nom des souscripteurs et du nombre de titres sollicités par chacun d'eux (1).

La dérogation reste toutefois subordonnée à une série de conditions : la société émettrice doit avoir ses actions admises à la cote officielle des bourses de valeurs ; il doit être fait publiquement appel à l'épargne ; les actions nouvelles doivent conférer, sous réserve de la date de jouissance, les mêmes droits que des actions admises à la cote officielle ; l'émission doit être réalisée dans un délai maximum d'un an à compter de la réunion de l'assemblée générale appelée à statuer sur la suppression du droit préférentiel de souscription ; enfin, le prix de l'émission ne doit pas être inférieur à la moyenne des premiers cours cotés des actions anciennes calculée sur une période d'au moins un mois, antérieure de deux mois au plus au début de l'émission, sauf à tenir compte de la différence de date de jouissance.

301 Pour l'essentiel, les dispositions actuelles reprennent les règles du droit antérieur et la jurisprudence qui s'était élaborée sur leur fondement demeure donc valable. Une controverse s'était élevée relativement au contenu du rapport.

Un premier arrêt de la Cour de cassation avait paru interpréter les textes de façon assez libérale (2). Il estimait suffisant que le rapport du conseil d'administration indiquât seulement que les bénéficiaires de l'augmentation de capital étaient deux sociétés créancières de la société

(1) Décret n° 69.1226 du 24.12.1969 et décret n° 73.224 du 22.2.1973.

(2) Com. 27 11.1950 J.C.P. 1951-2-6123 note D.B., J. Soc. 1951-359.

émettrice, qu'elles recevaient les actions nouvelles en échange de leurs créances et qu'enfin l'émission était faite au pair en raison des réserves insignifiantes de la société émettrice. Ces constatations autorisaient un commentateur à conclure qu'une démonstration chiffrée s'avérait superflue(1).

Mais ultérieurement, la Cour de cassation a affermi sa position(2). Elle a censuré un arrêt qui avait refusé d'annuler une délibération écartant le droit préférentiel au motif que la comptabilité avait été mise à la disposition des actionnaires dans les formes prescrites par la loi et qu'il n'était contesté par personne qu'aucun concordat ne pouvait être proposé par la société sans l'apport de capitaux effectué par le tiers à qui les actions devaient être attribuées: "Qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que l'indication des motifs de l'augmentation de capital ne suffit pas à répondre aux exigences des textes susvisés et alors, d'autre part, que la mise à la disposition des actionnaires de la comptabilité sociale n'est pas de nature à couvrir la nullité résultant du défaut ou de l'insuffisance éventuelle des rapports prescrits, les actionnaires devant trouver dans lesdits rapports toutes indications utiles sans être obligés de procéder eux-mêmes à des recherches, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision".

Faut-il voir une contradiction entre les deux arrêts de la Cour de cassation ? Certains auteurs l'ont pensé et ont affirmé que l'arrêt de 1964 se situait en retrait par rapport à celui de 1950 (3). D'autres, au contraire, n'y ont pas vu d'opposition. Rien n'interdit qu'un premier arrêt ne requière pas une démonstration chiffrée et qu'un second exige, que lorsqu'elle est donnée, la démonstration ne se fonde pas sur des résultats anciens non significatifs (4). La lettre et l'esprit du texte à appliquer commandent toutefois une interprétation assez rigoureuse. L'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur la renonciation au droit préférentiel doit être mise en possession de tous les éléments nécessaires qui permettent de mesurer l'importance du sacrifice consenti.

(1) Note préc. J.C.P. 1951-2-6123 ; M. Noirel approuvait ce libéralisme. Thèse préc. p. 81.

(2) Com. 18.2.1964 J.C.P. 1964-2-13757 note Le Galcher Baron, éd. C.I. 74.523, G.P. 1964-1-430, Bull. civ. 3 n° 83 p. 73, D. 1964-452, Rev. Soc. 1964-410 note E. Du Pontavice.

(3) Note Le Galcher Baron préc.

(4) Note Du Pontavice préc.

302

Le rapport des commissaires aux comptes est réglementé par l'article 155 alinéa 2 du décret n° 67.236. Il indique si les éléments de calcul retenus par le conseil d'administration ou le directoire sont exacts et sincères. Le texte reproduit les termes de l'article 7 du décret-loi du 8.8.1935 avec cependant une différence de rédaction. Le texte antérieur disposait : "si les bases de calcul... leur paraissent exactes et sincères", alors que le décret actuel énonce : "si les éléments de calcul sont exacts et sincères". Cette différence minime dans la rédaction ne semble pourtant pas de nature à modifier le sens des solutions admises auparavant (1). Dès lors, la jurisprudence relative à l'application de la loi ancienne garde toute sa valeur sous l'empire des textes présents.

303

La Cour de cassation dut préciser le contenu de ce rapport dans un arrêt du 4.12.1951 (2). En l'espèce, la Cour releva que le rapport du conseil d'administration était très complet. Il avait eu soin de préciser les faits qu'il avait pris en considération pour le calcul du prix d'émission des nouvelles actions. Au contraire, le rapport des commissaires aux comptes se bornait à énoncer que les bases de calcul du taux d'émission des nouveaux titres indiquées par le conseil étaient normales et correspondaient à une évaluation exacte et sincère. La Cour d'appel approuvée par l'arrêt de rejet décida que : "malgré sa brièveté, ce rapport répondait aux exigences et aux prescriptions de l'article 7". La Cour de cassation jugea en effet que : "la loi n'oblige pas les commissaires aux comptes à indiquer, dans leur propre rapport à l'assemblée générale extraordinaire, les éléments d'appréciation auxquels ils ont eu égard pour émettre un avis".

Une controverse doctrinale s'en suivit. Pour les uns, les deux rapports étaient destinés à se compléter : le caractère exhaustif du premier justifiant la brièveté du second, et inversement. Seul importait que l'information fût réalisée (3). D'autres aboutissaient à une conclusion opposée en affirmant que les commissaires avaient une mission de contrôle de l'information réalisée par les dirigeants et non pas une mission propre d'information (4). Par conséquent, pour M. Du Pontavice : "chargé d'une mis-

(1) Contra : J. Hémar. in *Mélanges Jauffret* p. 396.

(2) Com. J.C.P. 1952-2-7121, note D. Bastian, *Rev. Soc.* 1952-286 note Dreyer, R.T.D.Com. 1952-846 obs. Rault.

(3) Note Le Galcher Baron, *préc.* ; thèse Noirel *préc.* n° 132, p. 99.

(4) Dreyer, note sous Com. 4.12.1951, *Rev. Soc.* 1952-286 ; Du Pontavice, note sous Com. 18.2.1964, *Rev. Soc.* 1964 - 410.

sion de contrôle, le commissaire se borne à vérifier si les bases de calcul sont exactes et sincères et il n'a pas à motiver l'appréciation qu'il donne lorsque celle-ci est affirmative". Sous l'empire de la loi de 1867, cette opinion reçut d'ailleurs l'approbation de la Cour de cassation (1).

Mais une question délicate se pose alors. Que doit faire le commissaire lorsque les éléments de calcul ne sont pas du tout ou insuffisamment indiqués ? Pour M. Du Pontavice : "dans ce cas, il doit dire qu'aucune base sérieuse de calcul ne lui a été communiquée par le conseil et qu'en conséquence, faute d'indications suffisamment précises ou récentes, il est incapable de vérifier si les bases de calcul sont exactes". Infirmité cette thèse, au nom de la mission spéciale d'information qui incombe aux commissaires, M. Le Galcher Baron soutient que le rapport doit éclairer les actionnaires sur les avantages et les inconvénients de la renonciation au droit préférentiel de souscription, et mentionner les diverses informations recueillies sur les conditions de l'augmentation du capital (2).

Mission de contrôle ou mission d'information ? Divers arguments militent en faveur de la première conception. On peut arguer en ce sens de l'article 155 alinéa 2 du décret n° 67.236. Imposer au commissaire de donner des indications supplémentaires serait ajouter au texte. La solution retenue dans une hypothèse voisine confirme ce point de vue. Les conventions conclues entre la société et les administrateurs ou dirigeants nécessitent parfois un rapport spécial des commissaires. Or l'article 92 du décret précité en détermine le contenu de façon détaillée. A défaut d'une rédaction identique, il faut conclure que le présent rapport n'est pas soumis aux mêmes sujétions.

304

Malgré les garanties prévues par la loi et la menace de sanctions pénales, la C.O.B. a remarqué que l'information donnée était généralement insuffisante (3). Les actionnaires sont souvent invités à abandonner leur droit préférentiel de souscription sans qu'aucun motif soit indiqué et sans

(1) Com. 4.12.1951 préc. ; Com. 22.11.1971 Bull. 1971 n° 282 p. 264.

(2) Même sens : R. Granger, La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions. Thèse n° 201, p. 244.

(3) Bulletin mensuel C.O.B. n° 49, mai 1973 p. 5.

que soient précisées les conséquences de cette renonciation, notamment l'étendue de la dilution de leurs droits à la suite de l'augmentation de capital. Ainsi, la Commission a fait observer l'insuffisance de la simple indication de l'absence de valeur du droit préférentiel de souscription. Celle-ci peut résulter notamment du fait que le versement d'une prime d'émission est exigé des nouveaux souscripteurs et compense la perte du droit préférentiel. Il doit en être justifié, comme doit être démontrée la nécessité de solliciter publiquement l'épargne au moyen de renseignements précis sur la nature et le montant des besoins financiers de la société.

305

Enfin, dans le cas d'une émission d'obligations convertibles en actions, il convient de signaler l'existence d'une pratique récente qui se révèle très utile. Après la renonciation au droit préférentiel de souscription, l'assemblée générale extraordinaire décide que les actionnaires bénéficieront d'un droit de priorité pendant un certain délai, en général une quinzaine de jours (1). L'opération présente l'avantage de sauvegarder l'intérêt des actionnaires, spécialement pour ceux d'entre eux qui n'ont pas voté la renonciation, tout en laissant à la société la possibilité de s'adresser au public pour le placement des titres non souscrits par ses membres.

On a pu douter de la légalité du procédé. N'est-ce pas modifier les règles légales et réaliser par suite une véritable fraude à la loi ?(2). En réalité, les actionnaires ont pu valablement renoncer à leur droit préférentiel. Rien n'empêche qu'ultérieurement leur soit reconnu un droit de priorité, à condition que tous puissent en profiter également (3). Cette conclusion repose au demeurant sur la doctrine qui considère que l'assemblée,

(1) Rapp. mensuel C.O.B. n°49 p. 4 ; M. Vasseur, De la priorité reconnue aux actionnaires ayant renoncé à leur droit préférentiel de souscription en cas d'émission d'obligations convertibles, in *Mélanges Bastian*, tome 1 p. 361 à 382, J.C.P. 1974 n° 2665, J.C.P. 1974 éd. C.I. n° 11447. En 1974, sur 17 émissions d'obligations convertibles, 14 l'ont été sans droit préférentiel et sur ce nombre 10 accordèrent un droit de priorité aux actionnaires. Rapp. C.O.B. 1974 p. 37.

(2) M. Houin, R.T.D.Com. 1973 p. 566 ; R.T.D.Com. 1974 p. 293.

(3) M. Vasseur préc. n° 6 et s.

pouvant supprimer le droit préférentiel, peut se borner à le limiter (1). La solution est d'ailleurs consacrée par le projet de deuxième directive établi par la Commission des Communautés européennes en matière de sociétés. L'article 25 énonce que l'assemblée peut supprimer ou limiter le droit préférentiel. Quant à l'article 42 du projet de statut de société européenne, il exprime pareillement que l'assemblée "peut en tout ou en partie supprimer le droit de souscription".

Sans s'immiscer dans la controverse, la C.O.B. demande que le droit de priorité soit assorti de garanties suffisantes : la reconnaissance d'un droit à titre irréductible proportionnellement au nombre d'actions possédées ; la mention de ce droit dans la notice publiée au B.A.L.O. ; l'envoi de l'abrégé de note d'information aux titulaires d'actions nominatives avec l'indication du délai pendant lequel priorité leur est accordée.

306

Dans la société anonyme, l'existence d'une procédure particulière condamne la ~~renonciation~~ individuelle qui émanerait des actionnaires séparément. Un arrêt de la Cour de Lyon l'avait pourtant acceptée (2). La doctrine unanime critique cette solution (3).

Au contraire, des principes radicalement différents prévalent en matière de S.A.R.L.. En l'absence de dispositions légales, le droit préférentiel de souscription ne peut résulter que d'une clause statutaire. Par voie de conséquence, la renonciation échappe à l'observation de formalités.

-
- (1) En 1938, M. le professeur Henri Solus, commentant le décret-loi du 8.8.1935, écrivait sous le titre : "Pouvoir de l'assemblée générale : suppression ou restriction" : ... "qui peut le plus, peut le moins... Et rien ne paraît s'opposer à ce que la suppression du droit préférentiel de souscription ne soit que partielle et qu'il n'y ait que restriction du droit préférentiel de souscription". La réforme du droit des sociétés, n° 344. Dans le même sens : Bastian, note J.C.P. 1962-2-12871 ; Calais - Auloy et Rives-Lange, encyclopédie Dalloz Sociétés, 2° éd., tome 1, 1970, rubrique capital social n° 91.
- (2) Lyon 16.9.1960 G.P. 1961-1-164.
- (3) Dalsace, note sous Paris 13.3.1961, D. 1962-310 ; traité Ripert et Roblot n° 1549. Des décisions individuelles ne sauraient se substituer à une délibération ainsi que cela a été jugé, à propos du conseil d'administration : Paris 18.3.1959 G.P. 1959-2 p. 7, concl. Avocat général Lambert.

Elle découle de l'application des règles de droit commun sur la renonciation à un droit. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que si elle ne se présume pas (1), elle peut se déduire de "faits manifestant sans ambiguïté la volonté de renoncer". (2)

B/ Réduction du capital.

La réduction du capital consiste à ramener le capital d'une société à une valeur inférieure à celle fixée dans les statuts (3). Le plus fréquemment, elle est motivée par les pertes que la société a subies, notamment lorsque celles-ci sont tellement importantes qu'elles paraissent difficilement amortissables et de nature à priver les actionnaires pendant de longues années de tout espoir de dividendes. L'alignement du capital social sur la valeur réelle de l'actif est une mesure d'assainissement qui permet la reprise de la distribution des bénéfices. La réduction s'avère encore indispensable lorsque le renflouement de la société nécessite l'appel à des capitaux extérieurs. On trouverait difficilement de nouveaux actionnaires, même en leur conférant certains droits de priorité, si les droits des anciens titulaires d'actions n'étaient pas ramenés à de plus justes proportions. La réduction prélude à une augmentation consécutive. La décision de réduire le capital devient même obligatoire si l'actif net de la société se trouve inférieur au quart du capital social (4).

(1) Req. 14.5.1946 DJ946-374.

(2) Com. 25.6.1958, G.P., 1958 2-194 ; Com. 7.2.1972 Rev. Soc1973 - 296. note Du Pontavice.

(3) Art. 215 à 217 et 454 loi 66.537 ; art. 179 et 180 décret 67.236.

(4) Art. 241 loi 1966 modifiée par loi 6.1.1969. G. Lequen, La régularisation de la situation de la société après la constatation d'un actif net inférieur au quart du capital social, J.C.P. 1972 - éd. C.I. 10446. Les sociétés qui se trouvent en état de règlement judiciaire ou qui sont soumises à la procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif ne sont pas tenues d'observer ces dispositions, contrairement aux sociétés en état de liquidation des biens. Derrida, Rev. Soc. 1970 - 98.

308

Parfois cependant une société réduit son capital sans avoir éprouvé de pertes. Par exemple, au cours de la vie sociale, le capital se révèle trop important par rapport aux besoins sociaux. Une partie des fonds recueillis reste alors improductive et constitue une lourde charge financière pour la société puisque le capital surabondant doit être rémunéré dans les mêmes conditions que le capital productif. Ce cas peut se présenter d'autant plus fréquemment en pratique que la libération intégrale du capital doit intervenir dans un délai maximum de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce (1).

Le capital social ne doit pourtant pas être restitué aux actionnaires aux dépens des tiers. La décision appartient à l'assemblée générale extraordinaire qui statue sur le rapport spécial des commissaires aux comptes qui font connaître leur appréciation sur les causes et conditions de la réduction. Puis, afin que les créanciers sociaux et le représentant de la masse des obligataires puissent préserver leurs droits, l'opération doit être publiée.

309

La copie du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale des actionnaires ayant décidé ou autorisé la réduction doit être déposée, dans le délai d'un mois à compter de sa date, en deux exemplaires certifiés conformes, au greffe du tribunal de commerce pour être classée en annexe au registre (2). Si la réduction n'est pas motivée par des pertes, les créanciers jouissent d'un droit d'opposition qui doit être exercé dans un délai de 30 jours à compter de ce dépôt (3). Les opérations de réduction du capital ne peuvent d'ailleurs commencer pendant ce laps de temps (4).

Mais, ni la loi ni le décret sur les sociétés ne précisent expressément dans quelles conditions les créanciers sont informés du dépôt intervenu. Il convient de suppléer à cet oubli. Pour cela, il suffit d'édicter au cas d'absence de pertes, la solution énoncée par l'article 197 du décret n° 67.236 (5) dans l'hypothèse inverse. A la publicité au greffe doit s'ajouter une insertion dans un journal d'annonces légales du département du siège de la société. Ce ne peut être qu'un minimum.

(1) Art. 75 loi 1966.

(2) Art. 62 décret 67.237.

(3) Art. 180 décret 67.237.

(4) Art. 216 al. 3 loi 1966.

(5) Article modifié par le décret n° 69.1226 du 24.12.1969.

Lorsque le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, réalise l'opération sur délégation de l'assemblée générale, il en dresse également procès-verbal soumis à publicité.

Une fois la réduction devenue définitive, elle est publiée dans les mêmes conditions que toute modification statutaire : insertion dans un journal d'annonces légales (1) ; dépôt au greffe de deux exemplaires de la décision de modification des statuts, de la déclaration de conformité et des statuts mis à jour (2) ; inscription modificative au registre du commerce et publicité au B.O.D.A.C. (3).

310

Dans l'hypothèse de réduction non motivée par des pertes, des formalités spéciales de publicité doivent être observées lorsque l'opération se réalise par voie de rachat d'actions (4). Bien que la loi de 1966 ait interdit l'achat par une société de ses propres actions, quelques exceptions demeurent autorisées. Reprenant des règles dégagées par la jurisprudence, les articles 181 à 185 du décret n° 67.236 organisent la procédure à suivre afin que soit respecté le principe de l'égalité entre les actionnaires que consacre l'article 215 alinéa 1 de la loi de 1966 (5).

La société doit adresser une offre d'achat à tous les actionnaires au moyen d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social et éventuellement au B.A.L.O. (6). Cet avis doit obligatoirement mentionner : la dénomination et la forme de la société ; l'adresse du siège social ; le montant du capital social ; le nombre d'actions dont l'achat est envisagé ; le prix offert par action ; le mode de paiement ; le délai pendant lequel l'offre sera maintenue et qui ne peut être inférieur à trente jours ; le lieu où l'offre peut être acceptée (7). Si toutes les actions de la société sont nominatives, la ou les insertions prévues peuvent être remplacées par une lettre recommandée qui contient les mêmes indications et qui est adressée par la société à ses frais à chaque actionnaire (8).

(1) Art. 287 décret 67.236.

(2) Art. 6 al. 3 loi 1966, art. 58 et 59 décret 67.237.

(3) Art. 33 décret 67.237.

(4) Art. 217 al. 2 loi 1966.

(5) Poultais, L'achat de ses propres actions par une société depuis la loi du 24.7.1966, R.T.D.Com.1969 p. 17 n° 13 et s.

(6) Art. 181 décret 67.236.

(7) Art. 182 décret 67.236.

(8) Art. 181 al. 3 décret 67.236.

§ 2. Modifications de la répartition du capital.

La publicité des modifications de la répartition du capital se manifeste actuellement dans deux hypothèses. D'abord, elle conditionne l'opposabilité des cessions de titres nominatifs. Par ailleurs, elle se conçoit comme un moyen de protection des intérêts pécuniaires des porteurs de titres. En présence d'une offre de cession particulièrement avantageuse, tous doivent être mis en mesure d'y répondre. L'information contribue à la réalisation de cet objectif.

La même préoccupation égalitariste avait inspiré une troisième disposition aujourd'hui abrogée. Afin d'éviter que ceux qui disposent d'informations privilégiées sur la marche d'une société ne réalisent de fructueuses opérations boursières au détriment des autres épargnants, l'article 8 de l'ordonnance du 28.9.1967 prévoyait que toute acquisition ou aliénation d'actions faite par les initiés devait être déclarée à la C.O.B. (1). Mais celle-ci se trouva rapidement submergée par des déclarations, le plus souvent sans intérêt car portant sur quelques titres, sans avoir les moyens matériels de dépouiller tous ces documents. Son contrôle était absolument inefficace. Elle avoua n'avoir exercé aucune vérification systématique sur les 2555 notifications, émanant de 1350 personnes et portant sur les titres de 564 sociétés cotées qu'elle reçut en 1969 (2). En outre, elle constata fortuitement, au cours d'enquêtes ayant un tout autre objet, que des transactions qui eussent dû être déclarées n'avaient pas été portées à sa connaissance. De surcroît, la législation présentait une lacune puisqu'elle ne frappait d'aucune sanction l'initié qui avait réalisé un "coup de bourse" tout en satisfaisant aux formalités de publicité. En présence de ces difficultés et prétextant des inconvénients psychologiques du système dans la mesure où il reposait sur l'établissement d'une sorte de liste de suspects, la C.O.B. demanda et obtint la modification des textes. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 70.1208 du 23.12.1970, les initiés demeurent toujours

(1) P. Le Tourneau, Les actions des dirigeants initiés des sociétés par actions, R.T.D.Com. 1971 p. 593 à 616 ; art. Puech préc. Mélanges Bastian p. 218 et s. ; exposé du système américain par M. Louis Loss, rapp. mensuel C.O.B. n° 10, p. 7.

(2) Rapp. 1969 p. 11 et 130.

assujettis à mettre leurs titres au nominatif ou à les déposer en banque mais ils ne sont plus tenus de déclarer leurs transactions. En contrepartie, la Commission se réserve la possibilité de procéder à des investigations casuelles lorsque son attention aura été attirée par quelque mouvement de cote (1), et l'exploitation boursière d'informations avant que le public en ait connaissance est désormais sévèrement sanctionnée (2).

A/ La publicité des cessions de titres nominatifs.

Par la substitution d'un titulaire de titres à un autre, un actionnaire accroît sa participation et donc son influence au sein de la société. Cela peut même être de nature à déplacer le pouvoir majoritaire. Or, si l'intérêt de la société consiste à maintenir un certain équilibre dans la répartition des droits, tout ce qui est susceptible de le compromettre doit échapper à la clandestinité. Hors l'interdiction de toute cession, prohibée par le droit, la publicité alliée à un droit d'agrément contribue à la réalisation de cet objectif. Accessoirement, cette publicité permet à la société de joindre ses membres.

(1) En 1974, 819 cas ont été étudiés, contre 726 en 1973. Sur ces 819 cas, 655 ont été classés après un premier examen, les variations étant justifiées par des informations publiques ou motivées par des raisons techniques telles que, par exemple, l'étroitesse du marché... A propos des 164 autres cas, une étude plus approfondie a été entreprise. Les renseignements obtenus ont permis de juger que pour 133 cas les mouvements de cours ne semblaient pas critiquables, ce qui excluait l'intervention de personnes initiées. Dans 8 cas, la Commission a été amenée à demander aux sociétés de publier des communiqués, soit pour porter à la connaissance du public ou compléter à son égard des informations jugées importantes, soit pour confirmer ou démentir des rumeurs. Enfin, dans 23 hypothèses, il fut procédé à une véritable enquête qui permit de constater dans 11 cas une hausse ou une baisse du cours d'une valeur, accompagnée parfois de l'animation du marché dans une période qui avait précédé immédiatement l'annonce d'une information concernant la société émettrice. Cette information correspondait aux circonstances suivantes : pertes importantes ou détérioration des résultats (4) ; difficultés d'une filiale de nature à affecter les résultats de la société mère (1) ; accord avec une société ouvrant des perspectives pouvant être jugées favorables (1) ; attribution gratuite d'actions (1) ; offres publiques (3) ; maintien de cours consécutif à un changement de contrôle par la procédure de négociation d'un bloc d'actions (1). En cinq occasions, les investigations ont révélé des opérations réalisées par des personnes susceptibles d'avoir été informées à l'avance des faits qui ont été à l'origine des variations de cours et de l'animation du marché. Rapport C.O.B. 1974 p. 116 et s.

(2) Art. 10-1 ordonnance du 28.9.1967.

A cet effet, l'article 265 alinéa 2 de la loi de 1966 dispose que le titre nominatif est transmis, à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice, par un transfert sur les registres que la société tient à cette intention (1). En revanche, dans les rapports du tiers acquéreur et du cédant, on suit les règles ordinaires de preuve (2).

313

Spécialement, la jurisprudence eut à préciser le domaine de la formalité. La question posée était celle de la validité du nantissement de valeurs nominatives, dans les relations du débiteur et du créancier gagiste en l'absence de tout transfert sur les registres de la société. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le président directeur général d'une société anonyme s'était porté caution réelle de celle-ci auprès d'une banque et avait donné en gage des actions nominatives qui lui appartenaient. Une convention écrite avait été signée et les certificats nominatifs avaient été remis à la banque avec mention du transfert de garantie bien que ce dernier n'ait pas été réellement opéré. A la suite de la mise en faillite de la société, la banque fit vendre les actions malgré l'opposition du débiteur principal qui soutenait que le gage n'était pas régulier. Les juridictions saisies rejetèrent cette prétention. Dans les rapports du débiteur principal et du créancier gagiste, le défaut d'inscription n'a aucune conséquence (3).

Quelle portée attribuer à la solution ? En droit commun, que le gage soit civil ou commercial, l'article 2075 du code civil exige que l'acte de nantissement soit signifié au débiteur cédé. Il est loisible de se demander si cette signification est une mesure de publicité requise seulement à l'égard des tiers, comme celle prévue par l'article 1690 pour la cession de créance, ou si elle l'est aussi inter partes pour la validité du contrat ? Il faut se souvenir que le gage constitue en principe un contrat réel. La dépossession du débiteur est donc normalement une condition de validité aus

(1) La même règle est édictée également par l'art. 1 décret 7.12.1955 - Com. 6.2.1961 Bull. 1961 n° 64 p. 58, R.T.D.Com. 1961 - 863 ; Com. 12.11.1962 Bull. n° 443 p. 366 ; T.G.I. Seine 17.12.1962 R.T.D.Com. 1963-330 ; Com. 12.12.1967 Bull. n° 416 p. 393 ; Civ. 1° 8.1.1969 Bull. n° 15 p. 11.

(2) Com. 13.11.1961 Bull. n° 409 p. 357.

(3) Com. 6.3.1968 Bull. 4 n° 99 p. 86.

bien dans les relations entre les parties qu'à l'égard des tiers (1). Or le présent arrêt semble bien impliquer que la signification, pas plus que le transfert, ne conditionne la validité du gage dans les rapports du créancier gagiste et du débiteur. Cela revient à dire qu'entre les parties, un gage sur valeur nominative est valable sans transfert de garantie, et, d'une façon plus générale, qu'un gage sur créance est valable sans la signification au débiteur prévue à l'article 2075 du code civil. Transfert et signification constituent des mesures de publicité au regard des tiers. Entre les parties, il suffit d'un écrit et de la remise d'un certificat nominatif bien que celui-ci ne soit pas à proprement parler un titre.

Un arrêt de la première chambre civile a d'ailleurs étendu la solution au cas de partage (2) : entre partageants, l'attribution d'actions à l'un des héritiers est opposable aux copartageants même si les actions n'ont pas été immatriculées au nom de l'attributaire. Après les juges du second degré, la chambre civile déclare que : "c'est le partage mais non l'immatriculation qui attribue la propriété".

314

Lors d'une fusion, il est curieux de constater que les solutions jurisprudentielles sont plus restrictives en ce qui concerne la transmission de titres nominatifs qu'à l'égard des cessions de parts sociales soumises en principe aux formalités de la cession de créance. Par exception, dans l'hypothèse d'une fusion, la société, substituée activement et passivement à la société dissoute, peut poursuivre les débiteurs de l'ancienne personne morale sans avoir à observer les formalités de l'article 1690 du code civil. Ainsi, la Cour de cassation décide que lorsqu'à la suite de la dissolution d'une société intervient un partage de ses biens réalisé sous forme de scission de son patrimoine au profit d'autres sociétés, et que parmi ces biens figurent des parts d'une S.A.R.L., la transmission de ces parts, faite directement de la première société, dont la personnalité a survécu pour les besoins de sa liquidation, à l'une des sociétés nouvelles ne saurait être considérée comme une cession isolée faite à un tiers. Dès lors encourt la cassation l'arrêt qui décide qu'une telle transmission constitue une cession de parts soumise aux prescriptions légales et statutaires, et que l'inobser-

(1) Com. 12.11.1958 Bull. p. 327.

(2) Civ. 1^{re}, 8.1.1969 préc.

vation de celles-ci la rend inopposable à la S.A.R.L. dont les titres ont été ainsi cédés (1).

Une semblable dérogation n'a pas été admise pour les titres nominatifs. Dans l'espèce soumise à la chambre commerciale et qui donna lieu à l'arrêt du 13.12.1967 (2), une société pétrolière roumaine, bien qu'ayant donné en gage à un tiers des actions nominatives d'une autre société franco-roumaine, était demeurée immatriculée sur le registre des transferts comme titulaire des actions. Ultérieurement, la société roumaine fut absorbée par une société soviéto-roumaine et celle-ci fut à son tour remplacée par deux organismes publics roumains. Ceux-ci, prétendant agir aux droits de la société roumaine initiale, exercèrent une action en responsabilité contre l'administrateur provisoire de la société émettrice. Après les juges du fond, la Cour estima l'action irrecevable. Son raisonnement fut le suivant : les deux organismes roumains n'avaient pas obtenu ni même requis en la forme légale le transfert à leur profit des actions nominatives demeurées inscrites au nom de la première société ; ils n'étaient donc pas investis de la qualité d'actionnaire et ils ne pouvaient pas en conséquence en exercer les prérogatives, notamment en agissant en responsabilité contre l'administrateur provisoire : "En matière de titres nominatifs, les droits du titulaire sont établis par inscription sur les registres de la personne morale émettrice, la transmission du titre ne pouvant s'opérer à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice que par ce transfert sur ces registres".

315

B/ La protection des intérêts pécuniaires des actionnaires lors
des offres publiques d'achat et des cessions de contrôle.

Le fonctionnement des sociétés par actions obéit à la loi de la majorité. Les actionnaires élisent un conseil d'administration ou un conseil de surveillance qui désigne lui-même le président ou le directoire de la société. En pratique, lorsque le capital social est très réparti, une dissociation du contrôle de la direction et de la propriété des actions apparaît. Les postes directoriaux sont occupés par quelques personnes qui ne disposent pas de la majorité du capital mais qui bénéficient de l'approba-

(1) Com. 19.4.1972 Bull. 1972 n° 115 p. 116 ; Civ. 1°, 7.3.1972 D. 1972 p. 545. R.T.D.Com. 1972-654, Bull. n° 71 p. 65.

(2) Bull. civ. 3 n° 416 p. 393 ; R.T.D.Com. 1968 p. 365.

tion plus ou moins expresse des actionnaires. Toute cession d'actions qui permet à un actionnaire isolément ou à un groupe d'actionnaires d'atteindre le seuil lui conférant la prééminence dans la société présente donc un intérêt tout particulier et se trouve rémunérée avantageusement.

Mais il a pu être cité le cas d'une société qui après avoir pris le contrôle de la direction d'une autre l'absorba deux ans plus tard en retenant une parité d'échange telle que les titres de la seconde société étaient rémunérés exactement à la moitié de la valeur consentie lors de la prise de participation. L'attribution aux "actions de contrôle" d'une toute autre valeur qu'aux autres pourrait conduire à surévaluer systématiquement le titre au moment de la prise de contrôle et à rétablir ensuite l'équilibre financier en imposant aux minoritaires une parité très faible. La situation apparaît encore plus injuste quand ces opérations débouchent sur de véritables fusions déguisées qui permettent à une société de vider l'autre de sa substance. Il importe qu'en de telles circonstances l'égalité soit maintenue entre actionnaires.

L'information est l'un des moyens d'y parvenir. Par elle, les actionnaires sont mis en mesure de préserver leurs droits. A cet effet, le droit français a récemment réglementé un premier type d'opérations : les offres publiques. Cependant, il laisse encore trop dans l'oubli les cessions de blocs de contrôle (1).

I - Les offres publiques d'achat.

La procédure de l'offre publique d'achat consiste pour une personne à prendre l'initiative de proposer publiquement aux actionnaires d'une société qu'elle est prête à leur acheter, sous la surveillance des autorités boursières, leurs titres à un prix déterminé, généralement supérieur au cours coté en bourse, ou à leur remettre des titres dans le cadre d'une offre publique d'échange. La réglementation a pour objet d'assurer lors d'une prise de contrôle un traitement non discriminatoire entre les associés majoritaires, ou du moins les plus importants, informés de l'opération, et les autres, tenus dans l'ignorance.

(1) Thèse M. Germain, Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, Nancy, 1974, n° 285 et s., p. 247 et s.

L'offre publique d'achat peut être considérée comme une simple technique de négociation de valeurs mobilières portant sur une masse importante de titres : c'est le point de vue de la réglementation américaine sur les "tender offer". Elle peut être envisagée plutôt comme une technique de fusion, telle la procédure anglaise du "take over bid" (1). Le droit français y voit une technique de prise de contrôle : "Un moyen de faciliter les concentrations et les regroupements d'entreprises" (2).

Si les droits anglo-saxons admettent qu'une O.P.A. intervienne en dehors de la bourse, au contraire il s'agit en France d'une technique boursière. Les premières offres publiques qui se déroulèrent en France expliquent cette conception. Elles ont été le fait de sociétés étrangères et portaient sur des titres détenus par des actionnaires français. Ainsi, en 1964, un groupe américain fit aux actionnaires français de la Franco Wyoming Oil Company, société américaine cotée en France, une offre de rachat à un prix nettement supérieur au cours de bourse.

317

a) L'élaboration de la réglementation française.

Deux préoccupations animèrent les auteurs de la première réglementation française. D'une part, le souci d'éviter que les entreprises nationales, sous-évaluées en bourse pendant une période où celle-ci traversait une crise sérieuse, tombent sous l'emprise de capitaux étrangers. D'autre part, l'espoir que le développement de telles opérations devienne un facteur de réanimation du marché financier (3). La réglementation a d'abord été purement corporative. Elle a résulté d'un échange de lettres entre la Chambre syndicale des agents de change et le Ministre des finances. Elle fut rendue publique au cours de l'année 1966.

La procédure se déroulait en deux phases : secrète puis publique. Au cours de la première phase, la Chambre syndicale devait être avisée du projet de prise de contrôle par un établissement bancaire de premier crédit pouvant répondre de la solvabilité de l'auteur de l'offre. La Chambre syndicale s'assurait alors que le prix proposé était justifié et que l'initiateur de l'offre était prêt à prendre la direction de l'entreprise visée.

(1) Thèse F. Malan, Les offres publiques d'achat. L'expérience anglaise. Paris 1969, annexe 3.

(2) Rép. Min. n° 3498, J.O. A.N. 1.3.1969 p. 525.

(3) D. Petit, Les O.P.A., rev. Banque n° 284 p. 236.

Puis, ces vérifications faites, le projet devait être soumis au Ministre des finances qui disposait de trois jours pour y opposer son veto. La seconde phase de la procédure s'ouvrait par un avis publié au bulletin de la cote officielle dans lequel la Chambre syndicale indiquait les modalités et le calendrier de l'opération, désignait l'auteur de l'offre et les banques qui garantissaient celle-ci, précisait la quantité minimum de titres que l'acheteur envisageait d'acquérir, le prix proposé et la durée de validité de l'offre. A l'expiration du délai fixé, la Chambre syndicale publiait un second avis qui faisait connaître les résultats de l'opération. Naturellement, pendant la seconde phase, la société offrante comme la société visée pouvaient user de la plus large publicité pour faire connaître leur position.

318

L'expérience révéla très rapidement les lacunes de cette procédure : les destinataires de l'offre n'étaient pas suffisamment informés(1).

Dans l'affaire Perrier Genvrain, l'avis publié le 13.10.1969 n'indiquait que deux éléments : le nom de l'offrant et le prix offert. Aucun autre renseignement n'était donné. Le 17 octobre, la presse révélait qu'en réalité l'offre émanait du groupe "Perrier-S.A.P.I.E.M." et que : "les principaux intéressés Perrier et Genvrain restent officiellement muets sur l'attitude qu'ils adoptent et les projets qu'ils caressent" (2). Les bruits les plus divers circulaient sur l'identité des différents protagonistes (3). Même le conseil d'administration s'en inquiétait, n'ayant "jamais en aucune façon participé à la conclusion de cet accord et (attendant) que ses signataires établissent avec lui un contact" (4). La C.O.B. estimait alors que tous ces mouvements entraînaient une modification de substance de l'avis du treize octobre et demandait à la Chambre syndicale d'y apporter un rectificatif que celle-ci refusait d'effectuer.

En conséquence, la Commission regrettait "de n'avoir pas à sa disposition le pouvoir d'imposer des règles d'information qu'elle réclamait depuis un an". Il avait pourtant été dit quelques mois auparavant que "plus rien ne serait comme avant", que les sociétés se devaient d'être des mai-

(1) Boitard, Les O.P.A., J.C.P. éd. C.I. 1969, 85982 ; Malan, Les problèmes soulevés par les O.P.A. et la réglementation du 21.1.1970, J.C.P. 1970, 2304 n° 8.

(2) Le Monde, 17.10.1969.

(3) Le Monde, 28.10.1969.

(4) Le Monde, 31.10.1969.

sons de verre pour leurs actionnaires (1). L'information restait à organiser (2). Il était apparu que la surveillance des actes préparatoires à une O.P.A., et spécialement le contrôle de la rectitude des informations publiées par les parties n'étaient pas assurés. La Compagnie des agents de change ne disposait ni de pouvoirs, ni même de vrais moyens d'action pour résoudre ces problèmes.

319

Ces raisons expliquent qu'une nouvelle réglementation ait été instituée. D'une part, un arrêté du Ministre des finances du 21.1.1970 a homologué un additif au règlement général de la Compagnie des agents de change (3). D'autre part, une décision générale de la C.O.B. approuvée le même jour y a ajouté un code de bonne conduite en matière d'O.P.A. (4). Ultérieurement, un second additif au règlement général, homologué par un arrêté du 17.2.1972, a institué à côté de la procédure normale une procédure simplifiée (5). Enfin, l'arrêté pris par le Ministre des finances le 15.3.1973 parachevait l'élaboration du règlement général de la Compagnie des agents de change (6).

D'après la rédaction initiale de l'article 69 du règlement général, toute O.P.A. ou O.P.E. portant sur des actions admises à la cote officielle ou négociées sur le marché hors cote d'une bourse de valeurs, devait avoir pour objet de donner à la personne qui en prenait l'initiative le contrôle de la société émettrice desdites actions ou de lui permettre de renforcer le contrôle qu'elle détenait déjà. Le terme même de contrôle excluait donc que cette procédure fût utilisée pour la prise de simples participations. L'arrêté du 6.3.1973 abolit cette réserve (7). L'accès à la

-
- (1) M.A. de Vogüé, président de St-Gobain, instaurant une rencontre avec les actionnaires, parlait de "capitalisme ouvert". Le Monde, 8.1.1969.
(2) M. Trochu. Le triomphe du capitalisme sauvage ou B.S.N. contre St-Gobain, D. 1969, 221 ; Carteron, L'affaire Saint-Gobain et les O.P.A., Journ. agréés 1969 - 203.
(3) J.O. 23.1.1970 p. 844. M. Trochu, La réglementation de l'O.P.A., D.S. 1971, législation 124-1 à 124-6.
(4) Avis du 13.1.1970 D. 1970-59, modifié le 2.5.1975, J.O. 2.5.1975.
(5) Décret n° 72.123.
(6) D. Petit, Rev. Banque n° 319 p. 543.
(7) J.O. 15.3.1973 ; Rev. Banque juin 1973 n° 319 p. 543.

procédure d'offre publique est ouvert désormais à la recherche de simples prises de participations pourvu que son auteur s'engage à acquérir un nombre minimum de titres égal à 15 % du capital de la société visée. Ce pourcentage ne peut être abaissé que si l'initiateur de l'offre détient déjà au moins 85 % du capital de la société convoitée et, dans cette hypothèse, l'offre doit porter sur la totalité des titres non détenus par l'initiateur. Indépendamment de cette condition minimum de recevabilité, l'initiateur indique le nombre de titres qui doivent être présentés en réponse pour que l'offre comporte une suite positive.

Quant à la procédure simplifiée, la Chambre syndicale en fait normalement application lorsque l'offre porte sur des actions négociées sur le marché hors cote d'une bourse de valeurs et que son initiateur détient déjà la majorité des actions de la société convoitée. Si l'offre porte sur des titres inscrits à la cote officielle des bourses de valeurs, l'emploi de cette procédure ne peut être autorisé qu'à titre exceptionnel. Pour en bénéficier, l'initiateur doit alors prendre l'engagement d'acquérir ou d'échanger sans limitation toutes quantités de titres qui lui seraient proposées. L'O.P.A. ou l'O.P.E. doit en outre satisfaire à deux des trois conditions suivantes : le nombre maximum des actions non détenues par l'initiateur ne doit pas excéder 10 % du capital de la société visée ; le nombre maximum de ces titres ne doit pas dépasser 20.000 ; la valeur globale des titres calculée sur la base du dernier cours coté avant le dépôt à la Chambre syndicale de la demande ne doit pas être supérieure à 5 millions (1).

Conçue dans le cadre du marché des valeurs mobilières, il semble en réalité que dans son état actuel, la réglementation des O.P.A. dépasse quelque peu les limites imparties par le législateur aux décisions générales de la C.O.B. ou au règlement général de la Compagnie des agents de change. En particulier, les obligations faites aux sociétés en matière d'infor-

(1) Art. 86 à 90 du règlement général. Un rapprochement peut être établi avec la procédure anglaise d'expropriation des actions minoritaires. Quand une société dispose de 90 % du capital d'une autre, elle a la faculté d'exproprier les actionnaires minoritaires. Mais, inversement, ces derniers peuvent imposer à la société le rachat de leurs titres. Art. 209 loi 1948.

Statistiques sur le nombre d'O.P.A. ou O.P.E. au cours des années 1973-74.

	Simplifiée	1973	Normale	Total	Simplifiée	1974	Normale	Total
O.P.A.	6		9	15	10		6	16
O.P.E.	1		7	8	0		7	7

mation, la limitation des initiatives des intéressés au cours de l'opération, et en cas d'offre publique d'échange la possibilité laissée au conseil d'administration des sociétés d'offrir des titres à créer, n'appartiennent-elles pas au domaine législatif comme mettant en cause les principes généraux du régime de la propriété ou les libertés publiques garanties aux citoyens ?

Dans le même ordre d'idées, la question se pose de savoir si les O.P.A. ou O.P.E. participent du privilège des agents de change ainsi que le décide implicitement la réglementation. En vertu de l'article 16 de la loi du 23.12.1964, l'intervention d'un agent de change est exigée dès lors qu'une personne morale est partie à une transaction portant sur des valeurs mobilières inscrites à une cote d'une bourse de valeurs (1). Mais elle n'a plus un caractère obligatoire lorsque les parties sont des personnes physiques qui négocient directement entre elles des valeurs cotées (2). Ces remarques laissent planer un doute sur la valeur des règles établies. L'absence de sanction véritable est une des conséquences de cette situation. Il ne paraîtrait guère possible d'empêcher une personne physique de méconnaître la réglementation actuelle.

Du point de vue de la publicité, les premières informations sont diffusées par la Chambre syndicale des agents de change, puis les relaient celles qui émanent des sociétés concernées sous le contrôle de la C.O.B..

321

b) L'information réalisée par la Chambre syndicale des agents de change.

L'offre doit être présentée à la Chambre syndicale des agents de change qui se prononce sur sa recevabilité sur le plan technique (3) et en informe le Ministre de l'économie et des finances qui peut s'opposer à l'opération pendant un délai de trois jours (4). La société qui prend l'initiative de l'offre doit s'abstenir de toute publicité sur le projet avant la publication par la Chambre syndicale d'un avis au bulletin de la cote

(1) Loi de finances rectificative pour 1964, n° 64.1278, du 23.12.1964.

(2) Civ. 21.3.1893 D.P.1894-1-9 note Lacour ; Crim. 4.2.1910 D.P. 1911-1-17 note Percerou ; Paris 9.4.1908 D.P. 1908-2-153 note Percerou.

(3) Art. 68 du règlement général.

(4) Art. 71 du règlement général. B. Mirat, L'intervention de la Chambre syndicale des agents de change, in, Nouvelles techniques de concentration, 1971 p. 25.

officielle (1). L'avis précise : l'identité de la personne qui prend l'initiative ; la dénomination du ou des établissements bancaires présentateurs ; le nombre minimum des titres dont l'acquisition est souhaitée ; le prix offert ; la date ultime de réception par les intermédiaires des ordres de vente des personnes désirant accepter l'offre ; le calendrier d'ensemble de l'opération, établi de telle façon qu'il laisse pour le déroulement de celle-ci un laps de temps d'un mois au minimum ; la date à laquelle le résultat sera donné.

Initialement, le règlement général ne prévoyait pas la prorogation de la date de clôture de l'offre. Mais depuis une modification intervenue le 2.5.1975, la clôture d'une offre publique peut être retardée dans les cas exceptionnels où un délai supplémentaire paraît nécessaire pour que soit assurée l'information des actionnaires et du public, ainsi que dans le cas où le fonctionnement normal du marché a été interrompu ou perturbé. A cet effet, un quatrième alinéa a été ajouté à l'article 182 du règlement général afin de donner explicitement ce pouvoir à la Chambre syndicale.

322

Des raisons diverses amènent parfois l'initiateur à vouloir modifier les modalités de son offre primitive. Mais l'exercice d'une telle faculté se heurte au caractère irrévocable de l'engagement pris et à la nécessité de limiter la durée de la procédure. Une seule dérogation y est apportée. L'auteur d'une offre a la possibilité de relever une fois le prix offert, à la condition que la hausse atteigne au minimum 5 % et que les délais prévus à l'origine ne soient pas modifiés. La surenchère doit d'ailleurs être présentée à la Chambre syndicale des agents de change dix jours au moins avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt des ordres de vente ou d'échange par les intermédiaires. Un nouvel avis au bulletin de la cote officielle informe le public de la modification (2).

323

Le règlement de la Compagnie des agents de change admet que la demande de l'initiateur soit combattue par le dépôt d'une ou plusieurs offres concurrentes. Pour être valables, elles doivent comporter une suren-

(1) Art. 72 et 73 du texte précité.

(2) Art. 78 du texte précité.

chère de 5 % minimum sur le dernier prix fixé (1). Le public est alors informé par un nouvel avis au bulletin de la cote officielle qui précise notamment la date de clôture des opérations successivement engagées. Afin que les actionnaires aient la possibilité de reconsidérer leurs décisions, s'ils ont déjà répondu à l'offre antérieure, la publication des avis ultérieurs rend nuls et non avenue les ordres de vente qui auraient été adressés aux intermédiaires (2).

La réglementation actuelle assure ainsi une meilleure information qu'antérieurement et devrait éviter que puissent se reproduire des interventions occultes comme celles qui ont émaillé l'affaire B.S.N.-Saint Gobain. Les auteurs en étaient les alliés de la Compagnie Saint Gobain. Ils agissaient directement sur le marché sans indiquer le nombre de titres qu'ils désiraient acquérir, ni le prix qu'ils étaient disposés à payer. Cette situation équivoque nuisait aux actionnaires qui ne disposaient pas de renseignements sérieux pour se déterminer. L'institutionnalisation du système des offres concurrentes devrait mettre un terme à ces ambiguïtés, si du moins, les nouveaux initiateurs acceptent d'utiliser cette voie. Mais refuseraient-ils que la clandestinité ne serait plus désormais inéluctable. La règle 15 de la décision générale de la C.O.B. du 13.1.1970 relative aux O.P.A. ou O.P.E. prévoit que: "pendant toute la durée d'une offre publique, les sociétés concernées, leurs administrateurs et principaux actionnaires — c'est-à-dire toute personne qui détient au moins 5 % du capital des sociétés concernées — ainsi que les autres personnes physiques ou morales qui agissent directement ou indirectement de concert avec elles doivent déclarer chaque jour, après la séance de bourse, à la Commission et à la Chambre syndicale des agents de change, les opérations d'achats et de ventes qu'ils ont effectuées sur les actions des sociétés concernées. La Commission peut décider la publication de tout ou partie de ces déclarations". En effet, après la publication des avis par la Chambre syndicale, les responsabilités se déplacent quelque peu. Il appartient dorénavant aux sociétés parties à l'offre d'informer les actionnaires sous le contrôle de la C.O.B..

(1) Art. 80 et 81. Leurs auteurs doivent, dans l'hypothèse où la quantité de titres qu'ils demandent serait inférieure à celle de l'offre précédente, en raison notamment du nombre de titres déjà détenus par eux, s'engager à prendre en plus les titres qui leur seraient proposés jusqu'au niveau prévu antérieurement, sauf dérogation autorisée par la Chambre syndicale au cas où la contre-proposition émanerait d'une société détenant déjà dix pour cent au moins du capital de la société visée.

(2) Art. 82 du règlement général.

c) L'information des actionnaires par les sociétés concernées.

La C.O.B. s'efforce de promouvoir un principe fondamental : que tous les actionnaires sollicités puissent exercer le choix proposé en toute connaissance de cause et en toute liberté. Il convient que tous les faits importants et tous les avis nécessaires sur lesquels l'actionnaire doit se fonder, soient communiqués sans réticence et en temps utile. L'actionnaire doit en tout état de cause apprécier l'opportunité de rester associé ou non et apercevoir les conséquences de sa décision (1). Pour atteindre cet objectif, la Commission a étendu au système des offres publiques le procédé prescrit lors de l'émission d'actions ou d'obligations : l'établissement d'un document d'information soumis à visa. Certes les O.P.A. ou O.P.E. ne constituent pas un appel public à l'épargne mais elles sont un appel public à une catégorie d'épargnants pour la cession d'une épargne déjà investie. Des schémas de documents ont été élaborés ; la Commission se reconnaissant le droit de les adapter aux situations particulières, voire à accorder une dispense totale.

Un document d'information est établi en premier lieu par la personne qui prend l'initiative de l'offre. Il doit faire ressortir les motifs précis qui ont été à l'origine de la proposition et les intentions de son auteur ; le mode de financement ; le nombre de titres de la société visée qu'il détient directement ou indirectement ; la rémunération accordée aux intermédiaires ; enfin, en cas d'O.P.E., des renseignements sur la société émettrice des titres qui sont offerts à l'échange ou des indications justifiant la valeur de ceux-ci. Le document est contresigné par l'établissement bancaire présentateur qui garantit l'exactitude des indications relatives aux ressources qui doivent servir au financement.

L'information ainsi livrée aux bailleurs de fonds de la société visée constitue un progrès certain par rapport à la situation antérieure mais elle aurait pu être encore plus développée. Une comparaison avec le droit anglais permet de mesurer les insuffisances (2). Deux points auraient mérité, en particulier, d'être explicités : d'une part les avantages accordés aux dirigeants sociaux de la société dont le contrôle est recherché,

(1) Décision générale de la C.O.B. du 11.1.1970, J.O. 23.1.1970, J.C.P. 1970 3.36284 bis et ter.

(2) Malan, J.C.P. 1970-1-2304 n° 18 et s.

que ce soit comme contrepartie de leur soutien ou en guise de dédommagement de leur départ ; d'autre part, les conventions éventuelles entre l'offrant et un tiers prévoyant une cession des titres acquis dans l'offre. Ainsi serait dissipée toute ambiguïté sur la personnalité réelle des futurs actionnaires.

326

A ces informations, la société visée doit répondre de façon identique. Le document qu'elle rédige doit avoir la même consistance que s'il s'agissait d'une opération concernant son capital et donner des renseignements sur son organisation, sa situation financière et l'évolution de son activité conformément au schéma diffusé par la Commission. Le conseil d'administration émet en outre "un avis motivé sur l'intérêt ou le risque que présente l'offre pour l'entreprise sous tous ses aspects" (1). Il mentionne enfin "le nombre d'actions de la société que le conseil détient ou contrôle". Cette dernière indication revêt une particulière importance. En effet, afin que les bailleurs de fonds puissent mieux analyser la position défendue par le conseil d'administration, il est souhaitable qu'ils connaissent sa situation exacte au sein de la société. Si le contrôle qu'il exerce apparaît fragile au point que la confrontation avec de nouveaux actionnaires soit susceptible de le mettre en difficulté, ses intérêts personnels risquent de le conduire à préconiser un rejet de l'offre alors même que la valeur intrinsèque de cette dernière serait indéniable.

327

Rien ne s'oppose à ce que les parties en présence s'accordent pour rédiger un document d'information commun (2). Si tel n'est pas le cas, du moins les projets doivent-ils faire l'objet, au moment de leur élaboration, d'une communication réciproque afin de permettre à chacun des antagonistes de répondre aux arguments développés par l'adversaire. Ensuite, ils sont déposés à la C.O.B., le premier dans un délai de 3 jours après l'annonce publique de l'offre, le second dans un délai de 5 jours. La Commission délivre son visa une semaine après leur réception sauf difficultés particulières qui retarderaient leur examen, un communiqué prévenant alors le public de la nécessité d'un délai supplémentaire.

(1) Décision de la C.O.B., précitée, règle 8 al. 2.

(2) Les treize O.P.A. ou O.P.E. qui ont eu lieu au cours de l'année 1970 ont toutes donné lieu à l'établissement d'une note conjointe. Rapport C.O.B. 1970 p. 82.

Les documents visés constituent les supports de toute l'information destinée aux porteurs de valeurs mobilières, de sorte que celle-ci soit expurgée de toute promesse fallacieuse ou de mentions tendancieuses susceptibles de vicier le consentement des actionnaires. Il importe donc de leur assurer une diffusion rapide et étendue. Les actionnaires doivent pouvoir en obtenir la communication en s'adressant directement à leurs auteurs ou encore les consulter aux guichets des banques, établissements financiers ou agents de change.

A cette information initiale s'ajoute celle qui porte sur tous les éléments nouveaux dont la connaissance par le public s'avère indispensable. On ne pouvait pas interdire à l'auteur de l'offre, aux dirigeants de la société visée ou aux personnes qui agissent en leur nom de taire tous faits nouveaux ou complémentaires de ceux précédemment divulgués. La Commission requiert qu'un communiqué écrit soit alors diffusé dans la presse et qu'un exemplaire lui soit adressé.

328

II - Les cessions de blocs de contrôle.

La procédure de l'offre publique garantit l'égalité des actionnaires du point de vue des conditions de négociation de leurs titres. Cependant, ainsi qu'un auteur a pu l'écrire : "le danger dans l'O.P.A., ce n'est pas qu'il y en ait une mais que parfois il n'y en ait pas du tout"(1). Particulièrement, la cession directe de titres faite par un vendeur de titres qui détient le contrôle d'une société à un acheteur de titres qui désire en acquérir le contrôle échappa longtemps à toute réglementation et des difficultés apparurent (2).

Déjà, le législateur ne se préoccupa que tardivement des cessions directes, surtout pratiquées pour les titres au porteur et réalisées par la tradition des titres. L'intervention obligatoire d'un intermédiaire de bourse a été établie par une ordonnance du 4.2.1959, puis par une loi de finances rectificative du 23.12.1964 (3). L'article 16 de cette loi exigeait que tou-

(1) Malan préc. J.C.P. 1970 - 2304, n° 25.

(2) B. Oppetit, La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, J.C.P. 1970-2-2361 ; M. Boitard, Les négociations de blocs de titres, J.C.P. 1974-2666 ; C. Champaud, thèse préc. p. 133.

(3) Traité Ripert et Roblot, tome 2, n° 1777.

te cession à titre onéreux de valeurs mobilières cotées en bourse entre deux personnes morales ou entre une personne morale et une personne physique fût faite par l'intermédiaire d'un agent de change. Mais ce texte prévoyait plusieurs dérogations, notamment quand la cession était effectuée par acte notarié. Par le biais de cette dérogation, des opérations de cession de blocs de contrôle pouvaient se faire en dehors du marché boursier, à des cours qui excédaient très nettement la valeur raisonnable reconnue (1).

L'inégalité entre actionnaires majoritaires et minoritaires a même été constatée dans l'hypothèse d'application pour laquelle la Chambre syndicale requiert en principe que le prix de la négociation égale le cours pratiqué sur le marché (2). Ce cours dépendant de l'offre et de la demande, il est évident que les parties en présence ont la possibilité de l'influencer par des ordres judicieux de telle sorte qu'il atteigne le chiffre convenu entre elles. Certes, toute variation insolite de la valeur d'un titre peut signifier la recherche d'un cours d'application. Cependant, les tiers l'ignorent. Rien ne les informe de la cause de ce mouvement, ni de son ampleur, ni de sa durée. Il leur est pratiquement impossible de profiter de la hausse pour vendre dans d'aussi bonnes conditions que le groupe majoritaire (3).

329

Il convient avant tout de s'interroger sur la légitimité de la pratique constatée. Faut-il la condamner ? Une des conclusions d'un rapport du secrétaire général de la C.O.B. destiné au commissariat au plan, en date du 15.12.1970, tendait à reconnaître franchement et libéralement, les pos-

-
- (1) D. Schmidt, Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle, D. 1972-223 ; D. Petit, Nouvelles réglementations boursières : O.P.A., blocs de titres, contrepartie, rev. Banque, juin 1973, n° 319 p. 543 ; J. Paillusseau, Les groupes de sociétés, analyse du droit positif français et perspectives de réforme, R.T.D.Com. 1972 813 ; A. Canac, La protection des minoritaires lors des prises de contrôle des sociétés, G.P. 1974-1-35 ; M. Germain, précité, thèse, Nancy, 1974, p. 248 et s., n° 286 ; Civ. 14.2.1968 D1968-490 note Breton, Rev. Soc1968-396.
- (2) Art. 43 dernier alinéa décret 7.10.1890.
- (3) Un exemple peut être cité : à propos de la cession d'actions de contrôle des brasseries Bouchart. Le cours le plus élevé en 1969 était 75 ; atteignait 150 le 31.12.1970 ; le 18.5.1971, 35 % du capital était cédé à 190. Le lendemain, des offres de ventes massives ne rencontraient aucune contrepartie. Rapports C.O.B. n° 28 p. 11, n° 30 p. 11. D. Petit, préc. p. 544 : "Faute d'une connaissance des faits que seuls possédaient les auteurs du scénario, le public n'avait pas la possibilité pratique d'intervenir, sauf à se comporter comme un joueur de bonneteau".

sibilités qui existent déjà dans certains cas de négocier des blocs de titres à des prix autres que les cours de bourse" (1). En réalité, la réponse implique de définir préalablement l'égalité qu'il s'agit de promouvoir entre actionnaires (2).

Pour un auteur, l'égalité suppose seulement que chaque titulaire d'actions d'une même catégorie bénéficie du même traitement que les autres titulaires d'actions ce qui s'entend d'une identité de prérogatives au sein de la société : égalité dans le droit de vote, dans le droit à l'information, dans le droit aux bénéfices, dans le droit de négocier les titres (3). "Tel est le domaine du principe d'égalité entre actionnaires, limité aux rapports sociaux. Il ne s'étend pas davantage : il n'y a pas d'égalité entre actionnaires envers les tiers. Soutenir le contraire conduit à des solutions inadmissibles : si un minoritaire désire céder sa participation, d'autres minoritaires pourront-ils exiger du cessionnaire le rachat de leurs droits ? Si deux actionnaires cèdent leurs titres à un même acquéreur, pourront-ils exiger de lui qu'il paye à chacun le même prix ? La réponse négative est évidente. L'égalité entre actionnaires n'existe que dans les rapports sociaux" (4).

L'argumentation se heurte néanmoins à l'épreuve des faits. Les actionnaires majoritaires sont privilégiés. Ils peuvent plus facilement trouver acquéreur, et de surcroît peuvent céder leurs droits à des conditions plus avantageuses précisément parce qu'ils transmettent simultanément le contrôle de la société. L'objection ne suffit pas toutefois à convaincre l'auteur précité qui y voit une manifestation du phénomène majoritaire. Il est incontestable que les cessions d'actions ne compromettent pas l'égalité juridique des actionnaires dans leurs rapports sociaux. Mais faut-il s'en contenter ? Ne doit-on pas aller plus loin et assurer une identité de traitement aux actionnaires en accordant à tous la possibilité de vendre leurs

(1) Même sens : "Le marché des actions", rapport de la Commission Baumgartner présenté au Ministre de l'économie et des finances, p. 95.

(2) Rousseau, Contrat social, II, XI : "Puisque la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, l'objet de la législation est de toujours tendre à la maintenir".

(3) Art. Schmidt, préc. n° 4 et s. - Sur la distinction entre cette notion et l'égalité entre actions : Cordonnier, De l'égalité entre actionnaires, thèse Paris 1924, p. 48 et s.

(4) Schmidt préc. n° 6.

titres au même prix que celui qui a été convenu pour la cession de contrôle ? Il serait illusoire d'espérer attirer à la bourse les épargnants si, associés pleinement aux risques de la société, ils ne l'étaient pas aussi à toutes ses chances (1).

330

Pour parvenir à ce résultat, le choix était offert entre divers moyens : soit obliger l'acquéreur à recourir à la procédure d'O.P.A. ou O.P.E. (2) ; soit soumettre l'opération aux conditions de la fusion (3). Effectivement, la C.O.B. s'efforça dans un premier temps de réaliser la protection souhaitée dans le cadre des mécanismes existants. Puis à la suite des incidents qui entourèrent la prise de contrôle de la société "Au bon marché" (4), en raison de ce que le prix de cession correspondait au quintuple du cours pratiqué sur le marché hors cote, la Commission soumit au Gouvernement un projet d'abrogation de l'exception prévue par la loi du 23.12.1964 en faveur des actes notariés. Cette modification intervint en vertu de l'article 95 de la loi de finances du 21.12.1970 (5).

Mais pratiquement cela contraignait à recourir aux formalités assez lourdes de l'offre publique alors qu'une procédure plus souple aurait été mieux adaptée (6). Tel fut le but de la modification apportée au règlement de la Compagnie des agents de change le 15.3.1973. Le nouvel article 203 de ce texte dispose que lorsqu'une personne physique ou morale souhaite acquérir une quantité de titres qui lui donne le contrôle de la société émettrice, elle est tenue de recourir soit à la procédure de l'O.P.A. ou

(1) Thèse M. Germain, préc. n° 303 p. 266.

(2) Malan, Le rachat des actions minoritaires dans les opérations de prise de contrôle de sociétés, J.C.P. 1972-1-2450 ; du même auteur, Les problèmes soulevés par les O.P.A. et la réglementation du 21.1.1970, J.C.P. 1970 éd. G. 2304, éd. C.I. 87767. Telle est la solution du droit anglais. Le code de la Cité impose, sauf circonstances exceptionnelles, que les vendeurs d'un bloc d'actions donnant le contrôle d'une société s'assurent que les acquéreurs adressent une offre d'achat comparable aux autres actionnaires. Tunc, Droit anglais des sociétés anonymes, 1971 n° 148 et 149 p. 226 à 233.

(3) Paillusseau et Contin, La cession de contrôle d'une société, J.C.P. 1969-1-2287 n° 33 ; Houin, R.T.D.Com. 1970 - 738.

(4) Rapport C.O.B. 1970 p. 170 ; thèse M. Germain préc. n° 286.

(5) Loi n° 70-1199 ; obs. Houin, R.T.D.Com. 1971 - 711.

(6) Malan préc. J.C.P. 1970 - 2304 n° 24 et s.

O.P.E., soit à une procédure nouvelle qui a été expérimentée au cours de l'année 1972 à la bourse de Paris et qui est celle de la négociation des blocs de contrôle (1).

331

Elle comporte d'abord une mesure de publicité qui renseigne les actionnaires sur les modalités de l'opération. Il est prévu ensuite un délai durant lequel l'acquéreur doit maintenir son offre pour permettre la vente des titres sur le marché.

Une demande motivée soit être adressée à la Chambre syndicale en vue de l'acquisition en bourse des titres qui constituent le bloc de contrôle. La Chambre syndicale apprécie si la transaction porte sur une quantité de titres pouvant être qualifiée de bloc de contrôle, en fonction du nombre de titres émis par la société visée, de la répartition du capital et du nombre d'actions dont l'acquéreur est déjà directement ou indirectement propriétaire (2). L'examen des cas dans lesquels il a été considéré qu'il s'agissait de blocs de contrôle révèle que suite à l'opération, l'acquéreur détenait soit la majorité, soit au moins 33 % du capital de la société. L'autorisation est accordée sous réserve du respect des conditions définies aux articles 94 et 95 du règlement général.

Le jour de l'exécution des ordres sur le marché, un avis doit être publié au bulletin de la cote. Il mentionne : l'identité du vendeur et de l'acheteur, la date de la transaction, le cours auquel elle a été réalisée et la quantité de titres sur laquelle elle a porté. Mais surtout, l'innovation essentielle réside dans l'engagement du cessionnaire d'acheter en bourse toutes les quantités de titres qui lui seront présentées et au cours auquel la cession du bloc de contrôle a été réalisée (3). L'offre de rachat doit porter sur une période de quinze séances de bourse au moins à compter de la date de parution de l'avis au bulletin de la cote (4).

332

En soi, la solution préserve les intérêts des actionnaires minoritaires. Mais il faut encore regretter la singulière étroitesse du domaine

(1) Boitard, Le règlement général de la Compagnie des agents de change, source d'institutions nouvelles, J.C.P. 1973 éd. C.I. 10979.

(2) Art. 202.

(3) Ce cours peut toutefois être inférieur à celui auquel la transaction a été conclue si celle-ci ne comporte pas seulement une vente pure et simple donnant lieu à un règlement immédiat. Art. 205.

(4) La procédure a été appliquée dans vingt cas en 1974.

de la réglementation qui a été organisée dans le cadre du marché boursier. Or l'achat et la vente de valeurs mobilières se conçoivent en dehors de celui-ci. Le privilège des agents de change se limite aux négociations, c'est-à-dire aux transactions réalisées par l'intermédiaire d'un tiers qui s'entremet moyennant commission ou courtage. Une jurisprudence constante admet que si l'acheteur et le vendeur sont entrés directement en contact, la transaction peut se dérouler hors bourse (1). Ces cessions directes suivent les règles habituelles du droit civil ou droit commercial. Aucune précaution particulière ne s'impose, même si elles ont pour objet une prise de contrôle.

Par ailleurs, l'interprétation de l'article 16 de la loi n° 64.1278 du 23.12.1964 introduit d'autres restrictions au monopole des agents de change. Celui-ci ne vaut déjà que pour les valeurs mobilières admises à une cote officielle ou ayant figuré au relevé quotidien des valeurs non admises à une cote dans le mois précédant la date de l'opération. Ensuite il ne s'applique ni aux cessions entre deux sociétés lorsque l'une d'elles possède au moins 20 % du capital de l'autre, ni à celles qui, incluses dans une convention autre qu'une vente pure et simple, en constituent un élément nécessaire (2).

En définitive, il apparaît que les dérogations au mécanisme légal de protection des actionnaires sont si importantes qu'une transaction ayant pour objet un transfert de contrôle risque d'échapper aux formalités édictées par la réglementation actuelle.

333

La loi n° 72-6 du 3.1.1972 relative au démarchage financier pourrait sembler restreindre les dangers. Elle permet seulement à certains professionnels tels que les banques, établissements financiers, agents de change ou remisiers d'exercer cette activité qui, selon son article 2, consiste à se rendre habituellement au domicile, à la résidence ou sur les lieux de travail des personnes ou encore dans les lieux publics en vue de conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente de valeurs mobilières. Le

(1) A. Canac. Les O.P.A. et la réglementation boursière, G.P. 1969-1-202.

(2) Rédaction de l'article 95 de la loi n° 70.1199 du 21.12.1970.

texte ajoute qu'il en est de même de l'envoi de lettres ou circulaires et des communications téléphoniques ayant pareil objet lorsque cette activité est habituelle. En réalité, ces dispositions souffrent de deux défauts majeurs. D'abord, la notion d'habitude concerne-t-elle une prise de contrôle isolée ? Vraisemblablement pas. Ensuite, le législateur a omis de citer l'annonce parue dans la presse parmi les actes de démarchage. Cette possibilité d'utiliser la publicité par voie de journaux annihile la portée des autres limitations.

334

Pour sa part, la C.O.B. a tenté d'élargir le champ d'application du règlement général de la Compagnie des agents de change (1). Elle cite pour exemple le cas des transferts de contrôle opérés par échange de titres ou par l'intermédiaire d'une société de portefeuille non cotée. Les parties présentes devraient offrir aux actionnaires de la société concernée le rachat de leurs titres soit par la procédure d'offre publique, soit par celle applicable aux négociations de blocs de contrôle, à un cours qui correspondrait à celui auquel l'opération est traitée. La Commission souhaiterait ainsi assurer en toutes circonstances la protection des actionnaires minoritaires.

Malheureusement, il est douteux qu'elle dispose des pouvoirs nécessaires à la réalisation de cet objectif. Sa décision a été prise en application des articles 2 et 3 du décret n° 68.30 du 3.1.1968 qui lui accorde un pouvoir de réglementation du fonctionnement des bourses de valeur. En matière de transactions hors bourse, son rôle ne peut avoir qu'un caractère incitatif. L'adoption d'un texte législatif serait souhaitable pour donner un fondement juridique plus sûr aux solutions préconisées actuellement.

D'ailleurs, d'une façon plus générale, il faut se demander si un simple arrêté ministériel pouvait valablement subordonner la validité d'une cession de bloc de contrôle à l'engagement du cessionnaire de se porter acquéreur de toutes les actions offertes pendant quinze séances, et cela au même prix que celui stipulé dans la cession ? Sans doute la loi de 1964

(1) Décision générale du 27.2.1973, approuvée par le Ministre de l'économie et des finances le 15 mars 1973, Bulletin mensuel mars 1973, n° 47 p.6, J.C.P. 1973 - 40405.

exige que certaines cessions soient faites par l'intermédiaire d'un agent de change et son but est d'assurer un lien entre ces cessions et les cours de bourse. Mais les nouvelles dispositions du règlement vont beaucoup plus loin. Ne devaient-elles pas émaner du législateur en raison des restrictions qu'elles apportent à la liberté des conventions ? Surtout, l'adoption d'un texte législatif permettrait d'assortir l'obligation de sanctions jusqu'à présent inexistantes (1).

335

La publicité des informations relatives à la structure et à l'organisation de la société remplit une double fonction selon la qualité de celui qui la perçoit. Vis-à-vis de l'actionnaire, elle contribue à éclairer son consentement lorsqu'il est sollicité à l'occasion d'une souscription. Vis-à-vis des tiers, elle leur permet de s'assurer de l'existence régulière de l'être social et de sa représentation par tels organes habilités. Devant répondre à des besoins distincts, cette publicité doit emprunter pour sa réalisation des moyens différents. D'un côté l'ensemble des actionnaires est nettement défini, de l'autre la catégorie des tiers échappe à toute délimitation de sorte que si l'information peut être adressée aux premiers nominativement, les seconds ne peuvent être atteints que par une dispersion des renseignements sauf à les astreindre à se reporter à un instrument de publicité statique. Mais cette obligation est inconcevable pour les modifications apportées à des informations préalablement publiées car ce serait compromettre la sécurité des relations juridiques des tiers avec la société.

(1) Curieusement, le droit anglais encourt le même reproche d'être établi sur des fondements singulièrement fragiles. Monsieur Tunc souligne que "Le paradoxe est que ces règles ne s'imposent qu'aux licensed dealers, auxquels on ne s'adresse guère, dans à peine plus de 5 % des cas, pour une O.P.A. ou une O.P.C. Le Board of Trade attend des membres des bourses et des maisons d'émission qu'elles suivent spontanément ces règles". Mais en fait, ajoute-t-il, "son attente n'est généralement pas déçue". Droit anglais des sociétés anonymes, préc. 1970 n° 149 p. 230.

TITRE SECOND : INFORMATIONS RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE.

L'intérêt de la publicité ne disparaît pas après la mise en place de la société. A l'occasion des assemblées générales, elle recouvre sa fonction d'information des actionnaires. Les documents mis à la disposition de ces derniers ont pour objet précis de leur permettre un vote éclairé des résolutions proposées. Maîtres de la société, tout en ayant perdu les prérogatives de sa direction, les propriétaires d'actions exercent leur souveraineté au niveau du contrôle de la gestion et aussi par l'adoption des décisions importantes qui mettent en cause la personne morale. A l'égard des tiers, l'intérêt que satisfait ici la publicité a essentiellement un caractère pécuniaire. Il ne servirait à rien de faire connaître que des capitaux ont été engagés dans le patrimoine social s'il n'était pas indiqué par la suite ce qu'il en advenait. La notion d'actif social revêt une plus grande signification que celle de capital social car une mauvaise ou bonne fortune peut réduire à néant le capital nominal ou au contraire le situer en deçà de la réalité. Par la publicité des résultats, l'appréciation du crédit qu'une société mérite de se voir accorder acquiert un fondement solide. Tels sont les deux aspects de l'objet de la publicité quant au fonctionnement de la société.

CHAPITRE I - PUBLICITE CONCERNANT LA TENUE DES ASSEMBLEES.

Le rôle de l'assemblée générale des actionnaires apparaît essentiel dans la société. Elle nomme et révoque les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance lesquels désignent à leur tour les personnes qui sont chargées d'assurer la direction. Elle institue les commissaires aux comptes. Elle approuve ou rejette les comptes présentés par les dirigeants, fixe la répartition des bénéfices, modifie les statuts ou prononce la dissolution de la société.

Mais la pratique correspond mal à la théorie. Surtout dans les sociétés d'une certaine importance, de nombreux actionnaires s'abstiennent de prendre part aux réunions. Souvent, le quorum requis pour la validité des délibérations n'est pas atteint ou ne l'est que grâce au système des pouvoirs en blanc. Dans cette situation, les décisions des assemblées ne reflètent que l'opinion d'un groupe d'actionnaires qui dispose de la majorité exprimée. Parmi les multiples raisons de cet état de choses, l'une paraît déterminante. Excepté les membres du groupe qui disposent du contrôle, les acquéreurs d'actions d'une société faisant publiquement appel à l'épargne entendent effectuer un simple placement et non se comporter en véritables associés. Sauf circonstances exceptionnelles, l'influence qu'ils pourraient éventuellement exercer en prenant part aux délibérations ne leur semble pas justifier le dérangement que cela leur occasionnerait (1).

Fallait-il en tirer des conséquences et par la suppression des pouvoirs en blanc n'admettre que les actionnaires présents ou représentés par un mandataire nommément désigné à participer aux assemblées ? Fallait-il, à l'imitation d'autres pays réduire le rôle de l'assemblée ? En Allemagne, notamment, l'assemblée ne statue sur les comptes de l'exercice qu'en cas de désaccord entre le Vorstand (directoire) et l'Aufsichtsrat (conseil de surveillance).

(1) G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne. n° 38 ; Heurteux, préc. p. 101, n° 171.

Le législateur n'a pu se résoudre à des solutions aussi radicales. La loi de 1966 a maintenu le régime antérieur en ce qui concerne la compétence et l'organisation des assemblées générales. Mais la participation des actionnaires aux assemblées a été favorisée par le développement de leurs moyens d'information (1). Il en résulte une réglementation minutieuse et impérative des conditions dans lesquelles les assemblées doivent avoir lieu. Elle répond à deux préoccupations : prévenir les actionnaires de la tenue d'une assemblée ainsi que de son objet, informer leur consentement en vue du vote.

339

Section 1 - Informations destinées à permettre la participation
à l'assemblée.

La réunion des actionnaires suppose certains préparatifs. Certes, l'assemblée générale annuelle doit obligatoirement être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice (2) et, théoriquement, rien n'interdit aux statuts de fixer dans ce délai la date de la réunion. Il serait pourtant illusoire d'attendre que les actionnaires se présentent spontanément au siège social ou au lieu prévu statutairement pour participer à l'assemblée. Leur concours serait d'ailleurs dépourvu de toute valeur puisqu'il interviendrait dans l'ignorance des questions à débattre. Une assemblée ne peut être réunie ex abrupto sans avoir été convoquée au préalable. Le principe ne souffre qu'une exception : si de leur propre initiative tous les actionnaires se réunissent, il n'y a pas lieu d'invalidier les délibérations. En revanche, un groupe d'actionnaires serait-il en nombre suffisant pour se réunir et délibérer dans les conditions légales de quorum et de majorité, ne pourrait valablement y procéder sans convocation car les droits des titulaires de titres non prévenus seraient lésés. Il convient également de permettre une concertation des actionnaires en vue du déclenchement d'actions communes. La participation aux délibérations l'exige même parfois im-

(1) Note Tunc sous T.C. Seine 15.1.1953 D. 1953-312 : théorie de l'information intégrale ; Tunc, l'effacement des organes légaux de la société anonyme, D. 1952 - 73. A. Vène, Le Monde 10.1.1967.

(2) Art. 157 al. 1 loi 1966.

pérativement. Ainsi, lorsque les statuts n'ouvrent l'accès aux assemblées qu'aux possesseurs d'un nombre minimum de titres, ils ne peuvent interdire le groupement des actionnaires pour se faire représenter. Ceux-ci doivent donc disposer des moyens de se connaître.

340 § 1. Convocation et ordre du jour.

La convocation doit avertir qu'une assemblée va avoir lieu et doit préciser l'objet de la future réunion.

341 A/ Les formalités de convocation.

La raison d'être de la convocation aide à déterminer le cercle de ses destinataires. Ce sont tous ceux qui, en vertu de la loi, ont le droit d'assister et de voter aux assemblées générales : les actionnaires. Aucune exclusive n'est admise quand bien même les statuts exigeraient pour l'admission aux assemblées ordinaires la possession d'un nombre minimum de titres car il faut réserver l'exercice de la faculté de groupement reconnue par la loi (1).

Sauf une exception - article 35 modifié par le décret-loi du 30.10.1935 - la loi de 1867 n'indiquait pas dans quelles formes la convocation devait être faite et ne comportait aucune disposition générale relative aux délais requis pour y procéder. L'article 159 alinéa 1 de la loi de 1966 ayant renvoyé sur ce point au décret d'application, celui-ci énonce que les formes et délais de convocation aux assemblées sont fixés par les statuts sous réserve des règles impératives des articles 123 à 127 (2). Or ces dernières sont si détaillées qu'il sera peu fréquent que les statuts puissent se montrer plus exigeants, le minimum imposé devant constituer vraisemblablement le droit commun (3).

(1) Art. 165 al. 2 loi 1962. Sont convoqués également les représentants des porteurs de parts bénéficiaires et des obligataires à qui la loi confère le droit d'assister aux assemblées générales d'actionnaires.

(2) Art. 120 décret n° 67.236.

(3) Bastian, préc. J.C.P. 1968-2183 n° 545.

I - Formes de la convocation.

Avant 1966, la validité d'une convocation verbale avait été admise (1). Exceptionnelle, cette modalité permettait une réunion rapide de l'assemblée. Elle comportait néanmoins des dangers pour la participation de tous les actionnaires à la réunion. En particulier, une collusion des administrateurs et d'une majorité préparée à l'avance était à redouter. Aujourd'hui cette pratique semble devoir être condamnée par les textes. Deux modes de convocation écrite sont possibles : l'insertion dans les journaux et l'envoi de lettres ou circulaires.

Selon l'article 124 alinéa 1 du décret n° 67.236, l'avis de convocation est inséré dans un journal d'annonces légales du département du lieu du siège social et éventuellement au B.A.L.O.. Il s'agit de la seule modalité concevable lorsque les actions sont au porteur et leurs titulaires inconnus des dirigeants de la société. Elle souffre malheureusement des imperfections inhérentes à l'instrument de publicité qu'est le journal d'annonces légales. Au moins conviendrait-il de prescrire une publication dans les principaux journaux du département ou même de la région (2).

Depuis le décret-loi du 30.10.1935 qui modifiait l'article 35 de la loi de 1867, tout actionnaire dont les titres étaient nominatifs pouvait, à condition d'en avoir fait la demande, exiger d'être convoqué individuellement. Plus n'est besoin désormais de cette demande. L'article 125 du décret n° 67.236 oblige la société de convoquer par lettre individuelle les actionnaires titulaires de titres nominatifs pourvu qu'ils le soient depuis un mois au moins à la date de l'insertion de l'avis de convocation dans un journal d'annonces légales. La convocation se fait par lettre ordinaire sauf aux actionnaires à adresser à la société le montant des frais de recommandation. D'ailleurs, dans l'hypothèse où tous les titres seraient nominatifs, la société pourrait remplacer les insertions par une convocation faite à ses frais, par lettre recommandée (3).

En pratique, les sociétés, désireuses avant tout d'obtenir le quorum, et pour cela de porter réellement la convocation à la connaissance

(1) Orléans 14.6.1893 J. Soc. 1893 - 488.

(2) Aucun projet n'envisage pourtant de modifier ce point. Réponse ministérielle n° 11397, J.O. déb. Sénat 8.6.1972 p. 848, Rev. Soc. 1972 p. 783 ; rép. min. n° 23287, J.O. déb. A.N. 1.7.1972 p. 3110.

(3) Art. 124 al. 2 décret n° 67.236.

des actionnaires, ne se contentent pas de respecter les formalités légales. En raison surtout de l'inefficacité du premier mode de publicité, elles recourent souvent aux journaux financiers et s'adressent personnellement aux actionnaires qu'elles connaissent.

343

II - Délais de convocation.

Quelle durée minimum doit séparer l'émission ou la réception de la convocation et la tenue de l'assemblée ? La question revêt une importance d'autant plus grande que l'actionnaire va profiter de ce laps de temps pour s'informer. Il convient de le prémunir contre un vote hâtif et irréfléchi. Antérieurement à la réforme des sociétés, aucune disposition générale n'y était consacrée. Cela ne signifiait pas l'absence de délais légaux de tenue des assemblées mais ceux-ci résultaient de textes particuliers relatifs notamment au droit de communication des actionnaires (1).

Actuellement, les textes édictent deux sortes de précisions : le délai minimum entre le jour de la convocation et celui de la réunion ; le délai maximum avant l'expiration duquel l'assemblée doit avoir lieu. Toutefois, cette dernière disposition échappe à notre propos (2).

Aux termes de l'article 126 du décret n° 67.236, le délai légal entre la date, soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres recommandées, et la date de l'assemblée, est au moins de quinze jours. Mais en pratique, comme le droit de communication de l'actionnaire sur les documents soumis à l'assemblée doit pouvoir s'exercer pendant les quinze jours qui précèdent la réunion, la convocation doit intervenir au moins seize jours avant. La règle a un caractère d'ordre public. Les statuts ne pourraient prévoir des délais plus courts, par contre rien ne s'oppose à ce qu'ils soient allongés. Enfin, si faute de quorum il convient de convoquer l'assemblée une seconde fois, six jours suffisent entre la date de convocation et la réunion.

-
- (1) Dalsace, Les délais légaux de tenue des assemblées générales des sociétés anonymes, R.T.D.Com. 1953-1 ; même auteur, La réforme des sociétés et les délais et formalités relatifs à la convocation et à la tenue des assemblées générales des sociétés anonymes. J.C.P. éd. C.I. 1967 n° 81500 ; thèse H. Lechner, Des droits propres des actionnaires, Nancy, 1932, p. 125 ; thèse G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, Toulouse, 1961, p. 102 et s. ; Com. 21.7.1964 G.P. 1964-2-415 ; note critique J. Lacombe sous Com. 30.4.1968 et Com. 21.11.1967 D.1969 p. 89.
- (2) Art. 157 al. 1 loi 1966. Selon cet article, l'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice. Sur 773 sociétés dont l'exercice s'est clos le 31.12.1973 et qui ont tenu leur assemblée générale en 1974, 5 l'ont tenue en mars, 35 en avril, 139 en mai et 581 - soit plus des trois quarts - en juin.

344

La sanction de ces obligations étant la nullité de l'assemblée(1), la computation des délais présente un intérêt particulier. Certains auteurs, avant 1966, estimaient qu'il ne s'agissait pas de délais francs, et qu'il y avait donc lieu d'exclure le dies a quo et d'inclure le dies ad quem. Ils justifiaient leur opinion en rappelant que telle était la règle générale. Pour réfuter l'argument tiré de l'article 1033 de l'ancien code de procédure civile (2) d'après lequel le jour de l'échéance n'est, pas plus que celui de la signification, compté dans le calcul du délai fixé pour les ajournements, citations, sommations et autres actes faits à personne ou à domicile, il leur suffisait d'énoncer que cette exception ne pouvait être étendue en dehors des cas visés par le texte. L'argumentation ne convainquait pas absolument. Elle négligeait le fondement même de l'article 1033. Celui-ci s'explique par le désir du législateur de laisser au destinataire d'un acte de procédure le plus de temps possible pour prendre ses dispositions et y répondre. Or cette considération n'est pas étrangère à la règle légale qui accorde aux actionnaires un droit de communication durant les quinze jours qui précèdent l'assemblée. Ici, également, il paraît utile que les destinataires de la convocation aient tout loisir de prendre connaissance des documents à leur service (3).

L'article 300 du décret n° 67.236 du 23.3.1967 clôt la discussion. Tous les délais prévus sont francs. En conséquence ne sont pas compris dans le délai ni le jour de la dernière insertion ou de l'envoi de la lettre individuelle, ni le jour de l'assemblée.

345

B/ Contenu de la convocation.

Ignoré par la loi de 1867, le contenu de l'avis de convocation est précisé désormais par l'article 123 alinéa 1 du décret d'application de la loi du 24.7.1966. Il doit indiquer la dénomination sociale et éventuellement son sigle, la forme de la société, le montant du capital, l'adresse du siège, les numéros d'immatriculation de la société au registre du commerce et à l'I.N.S.E.E., les jour, heure et lieu de l'assemblée, sa nature ainsi qu'

(1) Voir infra n° 450.

(2) Disposition reprise par les articles 641 et 642 du nouveau code de procédure civile.

(3) Dalsace préc., R.T.D.Com. 1953, 6.

les questions qui y seront traitées. Le cas échéant, il mentionne également où doivent être déposées les actions au porteur ou le certificat de dépôt de ces actions pour ouvrir le droit de participer à l'assemblée, et la date avant laquelle cela doit être effectué.

La jurisprudence puis la loi se sont surtout efforcées par la réglementation de l'ordre du jour de faire en sorte que les actionnaires puissent apprécier l'intérêt de l'assemblée prochaine et ne soient pas surpris par l'examen en cours de séance de problèmes inédits qu'ils n'auraient pas eu le loisir d'étudier auparavant. Par ailleurs, les dirigeants eux-mêmes doivent être protégés contre des délibérations impromptues.

L'indication de l'ordre du jour a une valeur juridique (1). La compétence de l'assemblée n'est pas épuisée tant que toutes les questions inscrites n'ont pas été examinées. Mais, à l'inverse, l'assemblée ne peut valablement délibérer au-delà. La rigueur de ce dernier principe a toutefois été singulièrement tempérée en ce qui concerne les assemblées annuelles grâce au libéralisme jurisprudentiel et à la théorie dite des incidents de séance que légalise la réforme de 1966 (2).

346

I - Le principe de la rédaction de l'ordre du jour par l'auteur de la convocation.

Au cas de défaillance de l'organe normalement chargé de procéder à la convocation, ce droit appartient aux commissaires aux comptes. Dans l'hypothèse où ceux-ci sont en désaccord sur l'opportunité de convoquer l'assemblée, le président du tribunal de commerce statuant en référé autorise la convocation et fixe l'ordre du jour, (3) de la même façon que lorsqu'il intervient à la demande d'actionnaires (4). Les questions inscrites doivent être libellées clairement de telle sorte qu'il n'y ait pas lieu de se reporter, pour leur compréhension, à d'autres documents (5). On peut donc trouver singulier que les ordres du jour explicites se terminent généralement par une dernière rubrique intitulée : questions diverses. Serait-ce restituer à l'assemblée toute liberté ? La jurisprudence cherche plutôt à

(1) Givord, L'ordre du jour dans les assemblées générales d'actionnaires, Rev. gén. droit comm. 1939 - 467.

(2) Art. 160 al. 3 loi 1966.

(3) Art. 194 al. 2 et 3 décret n° 67.236.

(4) Art. 122 al. 2 décret 67.236.

(5) Art. 123 al. 2 décret 67.236.

concilier les intérêts divergents des actionnaires et des administrateurs. D'ailleurs, l'article 123 alinéa 2 du décret n° 67.236 confirme que la formule ne peut étendre la délibération que sur des questions d'importance secondaire.

Pareillement, il convient d'apprécier la légitimité de la distinction suivant laquelle un ordre du jour détaillé s'avérerait nécessaire pour les assemblées extraordinaires ou les assemblées ordinaires réunies extraordinairement, alors que l'objet de la réunion d'une assemblée générale annuelle n'aurait pas à être précisé. Le fait même de la convocation suffirait à prévenir les actionnaires que seront traitées à cette assemblée les questions qui relèvent de sa compétence habituelle : approbation des comptes, distribution d'un dividende, nomination d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance ou de commissaires aux comptes, quitus des organes d'administration (1). En revanche, elle ne pourrait émettre un vote sur le montant des jetons de présence que si la question figurait à l'ordre du jour (2).

Effectivement, une rédaction explicite demeure exigée à l'égard des questions qui présentent un caractère exceptionnel. La jurisprudence se montre toutefois libérale. Elle valide des résolutions qui ne se rattachent que d'une manière implicite ou incidente à ce qui était annoncé. Ainsi, lorsque l'objet de la réunion et les circonstances de la convocation peuvent être considérés comme suffisamment instructifs par eux-mêmes. Mais tel n'est plus le cas si l'objet de la délibération échappe à la prévision. La notion d'indivisibilité constitue le critère utilisé : sont considérées comme valables parce que prévisibles les résolutions qui bien que non explicitement visées se trouvent dans un rapport certain d'indivisibilité avec ce qui a été publié (3). Les juges ne procèdent pas à une recherche abstraite. Ils se livrent à une analyse des circonstances particulières à chaque espèce pour déterminer si les actionnaires pouvaient connaître à l'avance les questions qui allaient être discutées à l'assemblée (4). Par exemple, il a

(1) Percerou, D.P. 1909-2-25 : "La publication de l'ordre du jour n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit du but normal de la réunion d'une assemblée ordinaire".

(2) T.C. Seine 25.4.1960, J. agrées 1960 p. 227. Contra : obs. Houin, R.T.D.Com. 1961 p. 395.

(3) Com. 27.11.1950, Bull. n° 352 p. 251.

(4) T.C. Seine 19.4.1956 D. 1956-622 note Dalsace.

été jugé qu'une assemblée convoquée pour décider une augmentation de capital par émission d'actions réservées à des souscripteurs désignés à l'avance, était qualifiée pour recevoir, encore que l'ordre du jour ne le mentionnât pas, la renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription (1).

7
II - L'exception au principe de la rédaction de l'ordre du jour
par l'auteur de la convocation.

Confirmant une pratique assez répandue et dans le but d'intéresser les actionnaires à la vie de la société, l'article 160 alinéa 2 de la loi de 1966 autorise une minorité d'entre eux à requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée dont la convocation est envisagée. Cette disposition adapte à la société anonyme des solutions en vigueur dans les autres types de sociétés. Les associés non-gérants d'une société en nom collectif (2), les associés commanditaires (3) ont ainsi la faculté de poser par écrit deux fois par an des questions auxquelles le gérant doit répondre en la même forme. Dans la S.A.R.L., pendant les quinze jours qui précèdent la date de l'assemblée appelée à statuer sur les comptes, une prérogative identique existe au profit des associés, le gérant étant tenu de répondre au cours de l'assemblée (4). L'exercice de ce droit peut être précisé par trois sortes d'observations.

8
La demande doit émaner d'actionnaires qui possèdent une certaine fraction du capital social. Primitivement fixé à 5 %, le pourcentage requis se serait révélé excessif dans les sociétés importantes et aurait risqué de paralyser le mécanisme ainsi institué. Il parut indispensable de laisser au décret d'application de la loi le soin d'établir une dégressivité(5). Usant de la permission légale, l'article 128 alinéa 2 du décret n° 67.236 a réduit le pourcentage exigé lorsque le capital de la société dépasse 5 millions : 4 % pour les cinq premiers millions ; 2,5 % pour la tranche de capital comprise entre 5 et 50 millions ; 1 % pour celle incluse entre 50 et 100 ; et 0,50 % pour le surplus. Deux considérations supplémentaires limi-

(1) Civ. 27.11.1950 J.C.P. 1951-1-6123 note D. Bastian ; J. Soc. 1951, 359 ; thèse Noirel préc. p. 97.

(2) Art. 17 loi 1966.

(3) Art. 19 loi 1966.

(4) Art. 56 al. 3 loi 1966. Le rapport Sudreau relatif à la réforme de l'entreprise, prévoit d'ailleurs l'institution d'une procédure légale de questions écrites des actionnaires aux dirigeants.

(5) Houin et Goré, La réforme des sociétés commerciales D.S. 1967 p. 154 n° 78.

tent encore cette mesure quant à son domaine d'application.

La première est discutée. Une décision judiciaire a refusé qu'elle puisse être mise en oeuvre dans le cas de convocation de l'assemblée par un mandataire puisque l'ordonnance qui nomme celui-ci précise en même temps l'ordre du jour (1). Mais M. le professeur Houin (2) ne s'estime pas convaincu. Il voit dans l'article 122 alinéa 2 du décret n° 67.236 "L'ordonnance fixe l'ordre du jour de l'assemblée" - un simple rappel des dispositions de l'article 160 alinéa 1 de la loi de 1966, - "l'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation" -. Entre le mot "fixe" et "arrêté", il n'y a pas de différence sensible. De surcroît, il semble inexact de penser que l'inscription de projets de résolution à la requête d'un actionnaire minoritaire impliquerait l'intervention d'une seconde ordonnance car ce dont il requiert l'inscription doit obligatoirement et automatiquement être ajouté à l'ordre du jour (3). Tout indique effectivement que les tribunaux devraient se rallier à ces arguments.

La seconde restriction est plus certaine. Le projet de résolution ne peut concerner la présentation de candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Au cours des travaux préparatoires de la loi, ce point divisa longtemps l'Assemblée Nationale, hostile à toute limitation et le Sénat. Comme ce dernier, la Commission paritaire a trouvé excessif que des actionnaires détenant seulement le vingtième du capital pussent proposer des candidats (4). Si la solution ne souffre aucune discussion d'un point de vue juridique, sa pertinence n'apparaît pas évidente. D'abord, tout en présentant des candidats, les membres du conseil d'administration eux-mêmes ne possèdent pas toujours, à eux tous, le vingtième du capital. Ensuite, intrinsèquement, n'importe quel actionnaire peut être candidat. L'interdiction se comprend d'autant moins que tout actionnaire a la possibilité de se porter candidat à l'occasion de la discussion de la partie de l'ordre du jour concernant l'élection au conseil (5). Sous réserve de cette exclusion, tout projet de résolution peut être inséré à l'ordre du jour même

(1) Art. 122 al. 2 décret n° 67.236 ; T.G.I. Strasbourg, référé, 28.10.1968, R.T.D.Com. 1968, 1034, obs. Houin.

(2) Préc.

(3) Art. 131 décret 67.236.

(4) M.E. Dailly, rapporteur, J.O. débats Sénat 22.4.1966 p. 231.

(5) Débats parlementaires préc., p. 231 ; quest. M. Cornet, n° 9366, déb. A.N. 14.2.1970 p. 369 ; Bastian préc. n° 554. D'ailleurs, le rapporteur Sudreau propose l'abolition de cette règle, p. 135.

s'il n'a aucun rapport avec les questions pour lesquelles l'assemblée est convoquée. Aucune disposition légale ou réglementaire ne lie en effet les deux. Bien plus, alors que pour les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne, l'avis de réunion doit mentionner l'ordre du jour et le texte des projets de résolution proposés par la direction, ce qui donne une idée des problèmes qui seront débattus, nulle précaution analogue ne figure dans l'article 129 du décret n° 67.236 pour les sociétés qui ne font pas publiquement appel à l'épargne. Informés seulement d'une assemblée prochaine, les actionnaires ne sauraient présenter des projets de résolution conformes à un ordre du jour qu'ils ignorent, sauf à respecter bien entendu la nature de la réunion (1).

349

La demande d'inscription, accompagnée du texte des projets de résolution et assortie éventuellement d'un bref exposé des motifs, doit être adressée au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (2). Puis le président du conseil d'administration ou le directeur accuse réception des projets de résolution, par lettre recommandée, dans le délai de cinq jours (3). L'effectivité de cette prérogative implique que les actionnaires intéressés sachent qu'une assemblée va être convoquée et qu'ils aient le temps d'adresser à la société leurs projets. Un avis préalable à la convocation doit être publié. Son régime diffère selon que la société fait ou non publiquement appel à l'épargne.

Les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne sont tenues de publier au B.A.L.O., trente jours au moins avant la réunion de l'assemblée, un avis qui contient un certain nombre d'indications : la dénomination de la société suivie le cas échéant de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'ordre du jour de l'assemblée, le texte des projets de résolution présentés, et surtout, l'avertissement d'avoir à envoyer les demandes d'inscription additionnelles dans les dix jours.

Dans les sociétés qui ne font pas publiquement appel à l'épargne, tout actionnaire qui veut user de cette faculté peut demander à être avisé

(1) Houin et Goré, préc. p. 154 note 97. Paradoxalement, le projet de société européenne, art. 86-3°, ne permet que la formation de "contre-propositions se limitant strictement aux sujets à l'ordre du jour".

(2) Art. 128 al. 1 décret 67.236.

(3) Art. 131 al. 1 décret 67.236.

par lettre recommandée de la date prévue pour la réunion des assemblées ou de certaines d'entre elles, trente-cinq jours au moins auparavant. La société a l'obligation de déférer à cette requête s'il lui a été adressé le montant des frais d'envoi. Ici encore, la demande d'inscription doit être envoyée 25 jours au moins avant la date de la réunion (1).

350

Si cette réglementation manifeste de la part du législateur une volonté louable de doter les minorités des moyens d'intervenir dans la vie sociale, il reste que des obstacles sérieux nuisent à leur efficacité (2). Les rédacteurs du décret ont fondé leurs calculs sur le fait que le délai de convocation est de quinze jours, ce qui laisse à la société une dizaine de jours pour rédiger la convocation. Mais puisqu'il s'agit d'un délai de quinze jours au moins, rien n'interdit d'y procéder antérieurement. Dès lors, le droit de l'actionnaire risque d'être paralysé par une manœuvre de la société qui, aussitôt après avoir avisé de la tenue de l'assemblée, lancerait les convocations et répondrait ensuite que la demande d'inscription est tardive.

Il aurait été apparemment plus opportun de s'inspirer de la solution retenue pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne : l'actionnaire dispose d'un délai de dix jours à compter de l'avis inséré au B.A.L.O.. Mais qui lit quotidiennement le B.A.L.O. ? Aussi aurait-il été préférable d'énoncer que le délai entre la convocation et l'assemblée doit être de 15 jours au moins et de 25 jours au plus (3).

Une seconde critique tient au défaut d'information de l'actionnaire au moment où il dépose un projet de résolution. Il ignore alors totalement les documents relatifs à l'assemblée projetée. Ses propositions interviennent hors de connaissance de cause.

(1) Art. 129 décret 67.236.

(2) Thèse Schmidt préc. n° 131 p. 91.

(3) Bastian préc. n° 556 ; question n° 12.479 M. Lauriol J.O. A.N. 31.8.1974 p. 4304, R.T.D.Com. 1974 p. 540 n° 14.

§ 2. La liste des actionnaires.

L'article 169 de la loi du 24.7.1966 prescrit la communication de la liste des actionnaires avant la réunion de toute assemblée générale. Le sens de cette règle fut très discuté avant la réforme du droit des sociétés (1). Certains ont considéré que le texte se référait à la liste générale des actionnaires annexée à l'acte notarié de déclaration de souscription et de versement : toute mutation survenue depuis la constitution devait alors échapper à la communication. D'autres ont pensé qu'il s'agissait de la liste des personnes ayant qualité pour prendre part à la prochaine assemblée (2). Mais leur opinion ne pouvait être retenue en raison de l'impossibilité de dresser cette liste quinze jours au moins avant la réunion, les titulaires de titres au porteur disposant encore de onze jours pour se faire connaître. De surcroît, la liste n'aurait pas compris les noms des petits porteurs ne possédant pas le minimum d'actions fixé pour participer individuellement à l'assemblée (3). Précisément, la publication présente l'intérêt de leur permettre de s'identifier puis de se grouper comme la loi les y autorise en vue de participer aux délibérations et au vote. Plus généralement, elle doit rendre possible une concertation dans la perspective d'une action commune. C'est parce qu'ils en mesurent les risques pour eux-mêmes que les administrateurs répugnent à satisfaire à cette obligation. En définitive, il avait été admis que la loi avait voulu désigner la liste des actionnaires connus de la société (4).

L'article 140 alinéa 2 du décret n° 67.236 confirme cette opinion. La liste comprend les nom, prénom usuel et domicile des personnes qui, seize jours avant l'assemblée, étaient inscrites sur les registres de la société comme propriétaires d'actions nominatives, et des titulaires d'actions au porteur connus de la société à la même date.

(1) Art. 35 al. 3 loi 1867 modifiée par D.L. 30.10.1935.

(2) T.C. Seine 15.1.1894 Rev. Soc. 1894-253, J. Soc. 1894-419.

(3) Thèse Schmidt préc. n° 131 p. 91.

(4) Houpin et Bosvieux n° 1203 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud p. 328 note 1.

La publicité de la convocation et de l'ordre du jour constitue un préalable nécessaire à la tenue des assemblées. Indispensable, l'ordre du jour se borne pourtant à énumérer des rubriques sans fournir d'éléments susceptibles d'informer véritablement la volonté de l'actionnaire telle qu'elle se traduit dans le vote. A cet effet, des documents sont élaborés spécialement.

Mais l'information doit être organisée en fonction de deux sortes de situations. En 1952, M. le professeur Tunc écrivait : "L'assemblée générale est, dans toutes les grandes sociétés, un organe fantomatique. Le vote émane d'une part, de quelques personnes présentes, d'autre part, d'une majorité considérable de personnes simplement représentées" (1). Dans chaque cas, il importe que l'actionnaire puisse s'exprimer en connaissance de cause. Cependant, lorsque le vote intervient par représentation, le mandant perd le moyen d'approfondir sa réflexion au cours de la délibération. Des précautions particulières doivent en conséquence entourer la sollicitation de ces procurations. La signature d'un pouvoir doit être une modalité d'exercice du droit de vote et non pas son abdication.

§ 1. Le vote par procuration.

Pour diverses raisons, on constate un important absentéisme des actionnaires aux assemblées générales (2). Or, comme malgré cette indifférence il faut réunir les assemblées avec le quorum légal, la pratique des pouvoirs en blanc s'est développée et elle a transformé profondément la physionomie de la société anonyme. Sous l'empire de la loi de 1867, tout actionnaire pouvait se faire représenter par un mandataire de son choix. En

(1) Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis, R.T.D.Com. 1952 p. 516.

(2) Thèse Heurteux, préc., n° 171 et s., p. 101 et s. L'auteur relève trois causes purement matérielles : publicité des convocations insatisfaisante, manque de temps et dépenses que cela occasionnerait, simultanéité des assemblées générales ordinaires ; et deux causes d'ordre psychologique : relâchement des liens sociaux unissant les actionnaires aux dirigeants, sentiment d'impuissance des actionnaires dans les assemblées. Thèse Champaud, préc., p. 34, n° 33.

pratique, les sociétés et les banques s'efforçaient de recueillir les mandats à leur profit. Elles envoyaient des procurations timbrées sur lesquelles figurait l'indication qu'elles désigneraient le mandataire ultérieurement. L'actionnaire se contentait de signer et de renvoyer à l'expéditeur. Par ce moyen, la direction de la société est parvenue insensiblement à exercer une véritable mainmise sur l'organe législatif de la société. Au régime démocratique de la société anonyme se substitua en fait un système oligarchique : toute la réalité du pouvoir était confisquée par les dirigeants. La légalité du procédé était incontestable car il est toujours permis de donner un blanc-seing. En outre, l'actionnaire n'était pas trompé car il savait être représenté par un membre de la direction (1). La situation comportait même des avantages : l'efficacité de la société sur le plan économique se trouvait renforcée. Mais il a pu en résulter aussi des inconvénients graves pour la protection des droits des actionnaires : ceux-ci ont été parfois les victimes de la trop grande habileté d'administrateurs(2).

354

Les juristes se sont alors divisés entre deux attitudes antinómicas. Les uns, fidèles à la conception démocratique de la société anonyme, estiment possible de renverser le cours de l'évolution et d'inciter les actionnaires à s'intéresser de nouveau à la marche des affaires sociales(3). Les autres, tenants de la thèse institutionnaliste, considèrent la situation comme irréversible, qu'il convient d'abandonner tout espoir de secouer l'indifférence des actionnaires, simples apporteurs de capitaux sans esprit d'entreprise, et qu'il est normal que le pouvoir réel soit passé aux mains

(1) Com. 27.10.1959 D. 1960-454 note Dalsace, Bull. n° 363, R.T.D.Com. 1961-395 ; Com. 7.6.1963 G.P. 1963-2-369, Bull. n° 272 p. 226.

(2) Paris 22.7.1938 D.P. 1939-2-44 ; thèse Lièvre, La protection des actionnaires dans les sociétés anonymes, Paris 1939, p. 128 et s. (spécialement p. 135) préconise la suppression totale de la représentation aux assemblées générales ; Vigreux, Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes, p. 115 et s. ; Cordonnier, L'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblées d'actionnaires, J. Soc. 1934 - 417 ; M. Riou, La protection pénale du droit de voter, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, sous la direction de J. Hamel, p. 341.

(3) Vigreux, préc. p. 145 et s. ; Bastian note, J.C.P. 1954-2-8040.

des administrateurs (1). Entre ces extrêmes, une troisième voie a vu le jour. Elle tente de concilier la souveraineté théorique de l'actionnaire et le refus d'assumer cette prérogative. Elle entend pour cela limiter les pouvoirs des assemblées générales pour que ceux-ci deviennent plus effectifs, et faire de celles-ci un organe consacré au contrôle plutôt qu'à la conduite de l'entreprise (2).

En réalité, l'abdication de l'actionnaire n'est constatée que dans les sociétés les plus importantes : celles qui font publiquement appel à l'épargne. Dès lors, au lieu de rechercher une solution uniforme au problème de l'effacement de l'assemblée générale dans la société anonyme, au lieu de vouloir indistinctement restaurer les droits des actionnaires ou au contraire les cantonner dans une mission de contrôle, ne serait-il pas plus opportun d'établir une distinction entre les sociétés qui rassemblent des milliers de membres et celles qui se constituent avec les sept actionnaires exigés par la loi ? (3). Dans les secondes, les actionnaires conservent généralement le souci d'exercer pleinement leurs prérogatives, tandis que dans les premières ils se comportent souvent en épargnants ou spéculateurs sans désir réel de participer à la gestion. Il serait concevable que seules ces dernières voient un accroissement des pouvoirs de la

-
- (1) Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, n° 38 et s. p. 109 : "Il existe une illusion soigneusement entretenue pour masquer le caractère véritable de la société anonyme. Tous les efforts de la doctrine et du législateur pour rendre à ceux-là, faire perdre à ceux-ci des pouvoirs dont l'organisation est issue d'un consentement mutuel, tous ces efforts sont nécessairement vains, quelle que soit l'habileté des stratagèmes imaginés". N° 45 : "Les actionnaires ne sont pas les maîtres de la société. Ils ne tiennent pas à l'être. Ils se considèrent seulement comme ses créanciers, dociles ou furieux, suivant la marche des affaires sociales : des moutons ou des tigres, dit irrévérencieusement un auteur belge, mais toujours des bêtes. Disons plus poliment des indifférents, des passants. Pour toutes les sociétés dont les titres sont cotés les associés ne sont que des porteurs de titres... C'est donc bien en vain qu'on les pousse à se défendre, à s'organiser, à assister aux assemblées. Ils préfèrent le despote éclairé qui les enrichira par une habile gestion".
- (2) Lagarde, Travaux de la Commission de réforme du code de commerce et du droit des sociétés, t. 2 p. 356 ; Tunc, préc. D. 1952 p. 73 et s.
- (3) Thèse Champaud préc., p. 27 et s. ; Nocquet, Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, thèse dactyl. Paris 1967 - n° 271 et 305.

direction alors que les actionnaires seraient confinés dans une mission de contrôle. Celui-ci pourrait ne pas être uniquement, à l'instar de ce que connaît le droit allemand, un contrôle des comptes mais aussi un contrôle de la gestion. Cependant, que le rôle de l'assemblée générale reste dans son état actuel ou qu'il subisse une transformation, les actionnaires doivent être en mesure d'exercer leurs attributions. Il convient donc d'examiner si le droit français organise une information qui permette dans de bonnes conditions le vote par mandataire ou par correspondance.

A/ La réglementation du droit français.

Le législateur de 1966 s'est d'abord efforcé d'inciter l'actionnaire à s'intéresser davantage à la marche des affaires sociales par l'accroissement de l'information et l'amélioration des modalités de sa diffusion. Puis, faute de pouvoir supprimer la pratique des pouvoirs en blanc, il a pris toutes dispositions utiles pour que le mandant ait connaissance des conséquences de son acte. Destinée à protéger l'épargne au même titre qu'à renforcer le contrôle dans la société anonyme, cette mesure doit aussi contribuer à restaurer les droits des actionnaires. Une action en ce sens se fait d'autant plus impérieuse que les dirigeants bénéficient en fait de l'inertie confiante des porteurs de titres. À supposer même que s'engage une campagne de mandats, ce sont encore eux qui occupent une position privilégiée. Ils détiennent toute documentation favorable à leurs vues et ils ont la possibilité d'utiliser les fonds sociaux pour payer les frais de leur propagande. Au fond, ainsi que le concluait Monsieur Tunc : "La réglementation doit tendre, dans une large mesure, à remplacer l'assemblée générale des actionnaires par leur consultation écrite" (1).

La procuration par laquelle un actionnaire entend se faire représenter à une assemblée est signée par lui, et indique ses nom, prénom usuel et domicile. Elle peut désigner nommément le mandataire qui n'a pas la faculté de se substituer une autre personne. Le mandat est donné, en

(1) A. Tunc, préc. R.T.D.Com. 1952 p. 516. Citation de L. Loeb par M. Tunc, cours préc. : "Sans réglementation, le mandat est une incitation ouverte à l'autoperpétuation et à l'irresponsabilité de la direction. Maintenu dans certaines limites, il peut se révéler l'instrument qui sauvera la société moderne".

principe, pour une seule assemblée ; toutefois celui donné pour une assemblée vaut pour les assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour (1).

Toute formule par laquelle la société sollicite une procuration de ses actionnaires doit être accompagnée d'un certain nombre de documents : (2) premièrement, l'ordre du jour de l'assemblée ; deuxièmement, le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration, le directoire ou le cas échéant les actionnaires ; troisièmement, un exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé, accompagné d'un tableau d'un modèle déterminé, faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices, — L'annexe du décret n° 67.236 (3) fixe un tracé impératif au tableau comparatif des résultats. Les résultats y sont d'abord traduits d'une manière globale : bénéfices avant impôt, amortissements et provisions ; impôt sur le bénéfice ; bénéfices après impôt, amortissements et provisions ; montant des bénéfices distribués ou, pour l'exercice dont les comptes seront soumis à l'assemblée générale des actionnaires, montant des bénéfices dont la distribution est proposée par le conseil d'administration ou directoire. Puis les résultats sont ramenés à une seule action, avec les mêmes rubriques, la dernière devenant le dividende distribué ou dont la distribution est proposée à chaque actionnaire. Dans ce tableau figurent aussi des indications concernant la situation financière à la clôture de l'exercice : montant du capital social, nombre d'actions émises, nombre d'obligations convertibles en actions. Enfin, le tableau comprend des renseignements généraux tels que : chiffre d'affaires hors taxe, nombre de salariés, montant de la masse salariale et des sommes versées au titre des avantages sociaux. Cette exigence nouvelle de la loi paraît utile car souvent les actionnaires n'ont pas recours au deuxième mode d'information subordonné cette fois à leur demande — ; quatrièmement, un avertissement informant l'actionnaire qu'il peut demander à la société l'envoi des documents qui doivent être tenus à la disposition des

(1) Art. 132 décret 67.236. Traité Ripert et Roblot n° 1200 ; P. Voirin, Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales. D.H. 1931 p. 49.
(2) Art. 133 décret 67.236 complété par l'art. 11 décret 2.1.1968.
(3) J.O. du 24.3.1967.

actionnaires avant la réunion de l'assemblée et une formule de demande d'envoi de ces informations (1).

Enfin, la formule de procuration doit informer l'actionnaire de manière très apparente que s'il en est fait retour à la société, sans indication de mandataire, il sera émis en son nom un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire (2). Pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit choisir un mandataire qui accepte de se prononcer dans le sens indiqué par son mandant(3).

357

B/ Les insuffisances du système français.

En pratique, le fonctionnement de ce système ne satisfait pas. Les sociétés s'adressent habituellement aux banques pour que celles-ci, moyennant une commission recueillent des procurations parmi leurs clients. Mais, à la différence des banques allemandes, les banques françaises ne sont pas obligées de voter dans le sens choisi par les mandants, et elles réservent en général un accueil défavorable aux pouvoirs autres que les pouvoirs en blanc. En transmettant habituellement et automatiquement les procurations qu'elles réunissent aux conseils en place, elles permettent ainsi à des dirigeants de se maintenir à la tête d'entreprises importantes tout en ne détenant personnellement qu'un petit nombre d'actions. En effet, faute de trouver un mandataire qui accepte de les représenter, les actionnaires sont empêchés par leur isolement d'exprimer une opinion hostile à la direction. Désirant marquer sa réprobation, le porteur de titres n'a qu'une solution parfaitement inefficace : conserver son mandat.

(1) D'après les constatations de la C.O.B., les actionnaires ne manifestent qu'une curiosité assez faible à l'égard de ces documents. Les demandes n'excèdent pas généralement 15 % des pouvoirs collectés, la moyenne étant de 6 à 8 %. La majorité fait confiance à la direction en lui adressant des pouvoirs sans chercher à s'informer davantage.

(2) Dans l'affaire Lebaudy-Sommier, à l'occasion des transmissions de pouvoirs en blanc en vue d'une assemblée extraordinaire qui devait se réunir le 1.7.1971, on put constater des falsifications. Postérieurement à la signature des pouvoirs, et sans l'accord des signataires, des noms de mandataires avaient été apposés sur ces pouvoirs. Rapport C.O.B. n° 30 p. 11.

(3) Art. 134 décret 67.236.

Pour résoudre ces difficultés, Monsieur Pleven avait proposé, au cours des débats qui ont entouré l'élaboration de la réforme de 1966, d'introduire en droit français le vote par correspondance : "Le capitalisme moderne doit suivre l'évolution de la démocratie. Il y a trente ans le Parlement n'avait pas admis le vote par correspondance pour les élections politiques. Il est maintenant admis. Or, on ne conçoit pas la possibilité, pour les sociétés importantes, de réunir matériellement les dizaines de milliers d'actionnaires qu'elles peuvent grouper. Le vote par correspondance doit permettre d'intéresser les actionnaires à la vie de la société. Sans doute pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause, les sociétés seront-elles tenues de leur fournir une documentation. S'il s'agit de sociétés peu importantes, les frais seront minimes ; s'il s'agit de grandes sociétés, elles sont en mesure d'en supporter la charge. Le système de vote par correspondance fonctionne valablement dans plusieurs pays et notamment aux Etats-Unis. Ce serait faire preuve d'un état d'esprit régressif que de le refuser".

En cours de discussions, le projet se heurta cependant à diverses objections qui entraînèrent son rejet (1). On fit observer que le vote par correspondance tel qu'il est pratiqué aux Etats-Unis (2) fonctionne dans un contexte législatif fort différent : en particulier, il n'existe pas d'actions au porteur. Par ailleurs, l'organisation du vote par correspondance coûte cher. Les sociétés américaines ont dû mettre sur pied un dispositif important. Le contrôle de la régularité des scrutins pose au surplus des problèmes difficiles. On ajoutait que l'institution, ignorée des Etats de la Communauté européenne, ne semblait pas être désirée par les actionnaires français ; en outre, elle apporterait peu de changement à la situation actuelle car il ressort précisément de l'expérience américaine que les actionnaires ratifient pratiquement toujours les décisions du conseil. Enfin, le vote par correspondance ne rend possible qu'une réponse par oui ou par non, ce qui supprime toute possibilité de modification des résolutions proposées par le conseil.

(1) Rapport Le Douarec, A.N. n° 1386, T.2, p. 705-706.

(2) P. Leleux, Le droit des sociétés aux Etats-Unis et dans la C.E.E., R.T.D. Européen 1968, p. 72 ; Tunc, article préc. R.T.D.Com. 1952 p. 516 et s. ; Tunc, cours préc.

Aujourd'hui, il semble pourtant qu'un large consensus se dégage pour apporter des retouches au système institué en 1966. En premier lieu, un projet de réforme présenté par la C.O.B. souhaiterait obliger les banques à transmettre aux sociétés tous les mandats de leurs clients, qu'ils soient favorables ou défavorables aux résolutions présentées par les dirigeants. Le ministère de la justice (1) accepte également le principe d'une modification, mais qui devrait se situer dans la perspective d'une coordination du droit des sociétés des Etats membres des Communautés européennes. Une proposition de cinquième directive vient d'être présentée le 27.9.1972 par la Commission au Conseil, et il paraîtrait souhaitable à la Chancellerie que la remise en cause des dispositions du droit français n'intervienne qu'à l'occasion de l'adoption du texte européen (2). Celui-ci consacre, sauf clause contraire des statuts, le droit pour un actionnaire de se faire représenter par un mandataire qui ne serait pas obligatoirement, comme en droit français, un actionnaire ou son conjoint (3). Par ailleurs, le projet fixe les conditions dans lesquelles pourraient être sollicitées les procurations. Les demandes ne devraient pas être adressées seulement à certains actionnaires mais à tous les membres connus de la société et elles devraient permettre à ces derniers de donner des instructions de vote relatives aux positions prises par les dirigeants (4).

Tel est l'aspect essentiel qu'il convient de promouvoir à l'avenir. Par mandat, l'actionnaire devrait pouvoir exprimer sa volonté en toute liberté. A cet égard, l'expérience américaine sert de modèle. Outre une information très développée qui assure l'intelligence du vote, les règles établies par la S.E.C. s'efforcent de garantir au votant, "non pas une simple liberté de vote théorique, mais une effective liberté, matérielle et psychologique", de se prononcer dans un sens ou dans l'autre (5). Elles y parviennent par une réglementation de la forme même des mandats. Le règlement X - 14 - A - 4 exige que le mandat sollicité par les dirigeants indique son origine en caractères apparents. Le texte prescrit également que

(1) Dans le même sens : rapport Sudreau préc. p. 135.

(2) Question écrite M. Cousté, 26.4.1973, Rép. J.O. déb. A.N. 9.6.1973 p. 2023.

(3) Art. 27.

(4) Art. 28.

(5) Tunc, cours précité.

les propositions, d'où qu'elles proviennent, soient présentées d'une manière claire et impartiale sans autre indication susceptible d'influencer la décision de la personne sollicitée, et surtout, le mandant doit pouvoir voter pour ou contre chacune d'entre elles. Certes, l'opinion des dirigeants peut y être incluse mais sans pour autant constituer un argument ou une recommandation quelconque. Aucun signe ou symbole ne doit inciter à voter à tel endroit plutôt qu'à tel autre.

Si d'un strict point de vue juridique il s'agit encore d'un mandat, ce dernier est tellement impératif qu'il équivaut en fait à un vote par correspondance. Au regard de chaque proposition, l'actionnaire exprime un avis qui s'impose à la personne à laquelle il confère son droit de vote à l'assemblée. La liberté du mandant est pleinement respectée. Il s'ensuit pourtant une certaine rigidité. Si au cours des discussions en assemblée des modifications sont apportées aux projets de résolution qui figuraient initialement à l'ordre du jour, le mandataire se trouve dans l'impossibilité de remplir sa mission. Sur ce point, la solution du droit français présente au moins un avantage. Il est émis au nom du mandant un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par les dirigeants (1).

§ 2. L'information visant à assurer l'intelligence du vote.

L'effective liberté de vote assurée aux actionnaires serait de faible portée s'ils ne disposaient pas des informations nécessaires pour connaître la situation réelle de la société et les conséquences de leur vote, c'est-à-dire l'intérêt qu'il y a à se prononcer dans un sens plutôt que dans l'autre. Telle est la condition indispensable à une participation utile aux discussions de l'assemblée, à l'approbation ou au rejet en connaissance de cause des résolutions présentées (2). Voilà pourquoi des textes successifs ont institué un droit à l'information de plus en plus étendu (3). Cette évolution a été accueillie non sans réticence de la part des

(1) Art. 134 al. 1 décret 67.236.

(2) Thèse Du Garreau de la Méchenie, Les droits propres de l'actionnaire, Paris, 1937, n° 138.

(3) D.L. 30.10.1935 et 31.8.1937.

dirigeants qui ont souvent craint que les renseignements demandés ne fussent ensuite utilisés à leur encontre pour la constitution d'une majorité hostile et la critique de leur gestion.

La réforme de 1966 n'en a pas moins poursuivi dans le même sens. L'article 162 de la loi pose le principe général : "Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société". Les textes dressent effectivement une liste (1) d'informations, soit qu'elles puissent être consultées au siège social ou au lieu de la direction administrative, soit qu'elles soient envoyées aux membres de la société qui le sollicitent. Tous les actionnaires bénéficient de la première forme de publicité à compter de la convocation de l'assemblée et au moins pendant le délai de quinze jours qui précède la date de la réunion (2). En revanche, si le droit de participer à l'assemblée est subordonné par les statuts à la possession d'un nombre minimal d'actions, seul le représentant des actionnaires groupés pour pouvoir participer à la réunion jouit de la communication à domicile, à compter de la convocation et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion. L'expression "tout actionnaire" employée par l'article 138 du décret n° 67.236 pourrait prêter à confusion, mais il résulte du dernier alinéa de ce texte que l'envoi des documents requiert la possession du minimum de titres éventuellement exigé par les statuts pour participer à l'assemblée ; au cas contraire, l'information est adressée au "représentant du groupe d'actionnaires remplissant les conditions requises" (3). En pratique,

(1) Cette liste est limitative. Il ne pourrait être reproché à la direction de la société de refuser de publier d'autres documents : Paris 18.10.1963 R.T.D.Com. 1964-585 obs. Houin ; Paris 25.5.1963 R.T.D.Com.1964. 113 obs. Houin.

(2) Art. 139 al. 1 décret 67.236.

(3) Bastian préc. J.C.P. 1968-2183 n° 567. Au cours des travaux préparatoires de la réforme, il avait pourtant semblé que les parlementaires s'étaient opposés à une telle solution. Rapport M.E. Dailly 21.4.1966 J.O. Sénat p. 235 : "Nous ne voulons absolument pas limiter l'information aux actionnaires qui ont le droit de se rendre à l'assemblée générale ordinaire, puisque nous avons prévu qu'ils pourraient se grouper pour se faire représenter. Cependant, pour user de cette faculté, il faut bien que les actionnaires aillent consulter les pièces, les étudier, et éventuellement y trouver les raisons de se grouper pour se faire représenter. L'information est étendue à tous les actionnaires sans espèce de distinction et sans préoccupation de savoir s'ils pourront ou non assister à l'assemblée générale".

toutefois, la distinction a une portée réduite. Pour ne pas disperser l'attention, des sociétés de plus en plus nombreuses réunissent l'essentiel de l'information dans une plaquette publiée sans restriction (1).

361

Une dernière question préalable mérite d'être résolue. Ni la loi, ni le décret ne prescrivent un droit de communication antérieurement à la tenue des assemblées ordinaires autres que les assemblées annuelles ; or, une assemblée peut être convoquée à titre extraordinaire à l'effet, par exemple, de nommer un ou plusieurs administrateurs ou un commissaire aux comptes, ou autoriser un emprunt à long terme. Est-ce à dire qu'en pareille circonstance il convienne de refuser d'informer ? Certainement pas. Déjà sous le régime antérieur à 1966, en présence d'une difficulté identique née de la rédaction de l'article 35 de la loi de 1867, la jurisprudence étendait le droit à l'information à toutes les assemblées ordinaires (2). Les tribunaux maintiendront sans doute cette solution en la fondant sur l'article 162 précité. Cette déclaration d'intention du législateur ne constitue à coup sûr qu'une déclaration liminaire mais des précédents célèbres démontrent que des dispositions de cet ordre peuvent être source de jurisprudence (3). Un argument supplémentaire renforce d'ailleurs cette interprétation. L'article 138 du décret n° 67.236 permet aux actionnaires de se faire envoyer les documents d'information énumérés aux articles 133 et 135 qui précèdent, sans distinguer aucunement entre les assemblées. Une société pourrait donc difficilement refuser de communiquer sur place des renseignements qu'elle a l'obligation d'adresser à ses membres sur leur demande.

362

L'information consiste déjà en un rappel des projets de résolution présentés par le conseil d'administration ou le directoire, ou même par les actionnaires, avec dans ce dernier cas l'attribution des motifs (4). Mais, surtout, elle se manifeste sous les quatre formes suivantes : les premiers renseignements concernent les dirigeants en titre ou les candidats au poste de direction ; les seconds sont relatifs aux comptes sociaux ; les troisièmes rappels explicatifs ou justificatifs émanent les uns des dirigeants et les autres des commissaires aux comptes.

(1) En 1972, 80 sociétés cotées en bourse n'en avaient pas éditées, elles étaient 70 en 1973. Rapport annuel C.O.B. 1973 p. 76.

(2) *Par* 24.6.1961 *R.* 1961-727, *R.T.D.Com.* 1961-1966, *Rev. Soc.* 1962-1963, *pourvoi*, *Crim.* 4.7.1962 *D.* 1963-96 note J.M.R., *R.T.D.Com.* 1963 p. 331 *J.C.P.* 1963-2-13321 note Colombet. *Com.* 21.11.1967 *préc.* ; *Com.* 31.1.1968 *D.* 1968-352, *J.C.P.* 1968-2-15609 note N. Bernard.

(3) *Art.* 134 *decret* du 6.7.67 pour la communication des documents.

(4) *Art.* 135 *decret* 67.236, 2° et 3°.

A/ Les renseignements concernant les dirigeants.

Sont toujours communiqués à tout actionnaire qui en formule la demande : les nom, prénom usuel et domicile, soit des administrateurs et directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire, ainsi que, le cas échéant, l'indication des autres sociétés (1) dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance (2). La liste des personnes sur lesquelles il convient de publier certains renseignements est peut-être trop étroite. Les principaux membres de la direction, en particulier, auraient dû être visés, étant donné l'influence souvent capitale qu'ils exercent.

Davantage de précisions sont requises lorsque l'ordre du jour comporte la nomination d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance. En plus des informations précédentes, il est fait état de l'âge des candidats, de leurs références professionnelles au cours des cinq dernières années et notamment des fonctions qu'ils ont exercées dans d'autres sociétés, des emplois ou fonctions qu'ils occupent dans la société et du nombre d'actions de la société dont ils sont titulaires ou porteurs (3).

La connaissance de la personnalité des dirigeants ne suffit pourtant pas. Les actionnaires doivent encore pouvoir apprécier les avantages que ceux-ci retirent de leur qualité par les rémunérations qui leur sont allouées et les conventions qu'ils seraient susceptibles de conclure avec la société.

I - Les rémunérations.

Le droit français ne se départit pas d'un certain attachement au principe du secret des rémunérations, du moins, d'un point de vue individuel. Selon l'article 168.4° de la loi de 1966, les actionnaires peuvent prendre connaissance au siège social du montant global (4) "des rémunéra-

(1) Une réponse ministérielle a précisé qu'en raison des termes généraux du décret, il convient d'entendre par "autres sociétés" toutes les sociétés civiles ou commerciales, quelle que soit leur importance. Quest. n° 11216 J.O. Sénat 5.4.1972 p. 153.

(2) Art. 135 1° décret 67.236.

(3) Art. 135 5° décret 67.236.

(4) Question n° 3574, réponse J.O. déb. A.N. 29.1.1972 p. 249.

tions versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non 200 salariés".

En l'absence d'autres précisions, il a paru nécessaire de déterminer s'il convenait de limiter les renseignements aux seuls salaires versés, ou les étendre à la rémunération intégrale, c'est-à-dire y ajouter les indemnités et allocations diverses, les avantages en nature, le remboursement des dépenses de caractère strictement personnel. L'analyse des travaux préparatoires ainsi que diverses réponses ministérielles (1) indiquent que le terme "rémunération" se définit par référence à la loi fiscale du 12.7.1965. Son article 27-1° vise: "les rémunérations directes et indirectes y compris le remboursement des frais". Un arrêté du Ministre de l'économie et des finances du 8.7.1968 a confirmé qu'il fallait comprendre: "les rémunérations de toute nature fixes ou proportionnelles, les indemnités et allocations diverses, le remboursement de frais autres que ceux qui se rattachent directement à un acte de gestion de l'entreprise, les avantages en nature". Cette définition large correspond au souhait du législateur d'informer les actionnaires de tous les avantages reçus par les personnes les mieux rémunérées quelle que soit la qualification donnée à ces rémunérations.

Techniquement, cette thèse n'est pourtant pas à l'abri des critiques que suscite tout raisonnement par analogie. On ne manque pas de souligner l'indépendance de l'article 168-4° de la loi de 1966 par rapport à l'article 27 de la loi du 12.7.1965 (2). Ainsi au regard du droit des sociétés la certification porte sur l'intégralité des rémunérations versées, alors que sur le plan fiscal les rémunérations directes ou indirectes ne donnent lieu à déclaration spéciale que si leur montant excède certains plafonds (3). Par ailleurs, la terminologie utilisée diffère. Tandis que l'article 168-4° désigne les "rémunérations versées", la loi de 1965 spécifie: "rémunérations directes ou indirectes y compris les remboursements de frais versés aux personnes les mieux rémunérées". Dans ces conditions, les partisans d'une interprétation restrictive soutiennent que les différences con-

(1) Question n° 2574, réponse J.O. déb. A.N. 4.4.1969 p. 868 ; question n° 4450, réponse J.O. déb. A.N. 4.4.1969 p. 870.

(2) Economie et comptabilité n° 83, septembre 1968 p. 4896 et 4897.

(3) Art. 39-5 et 54-4 C.G.I..

tatées correspondent à une volonté délibérée de limiter la publicité aux seules rémunérations versées, à l'exclusion des remboursements de frais et des avantages en nature.

365

Ces dispositions semblent nettement insuffisantes. D'abord les modalités de la publicité effectuée apparaissent singulièrement restrictives. Obliger les actionnaires à se rendre au siège social équivaut pratiquement à rendre l'information illusoire. La Commission des opérations de bourse, pour sa part, estime souhaitable que les sociétés acceptent de répondre par écrit aux demandes relatives aux rémunérations qu'elles ont versées, lorsque ces requêtes sont présentées par des porteurs de titres justifiant de leurs difficultés à se déplacer jusqu'au siège social (1).

Ensuite, le principe du secret des rémunérations individuelles peut être discuté. Un arrêt de la Cour de Lyon du 12.5.1952 en avait fait justice en relevant qu'il n'existait pas de texte sur lequel "le comptable ou toute autre personne employée par la société pourrait appuyer la singulière prétention de dissimuler aux membres de la société le montant des rémunérations qu'il reçoit d'elle" (2). En effet, de deux choses l'une : ou ces rémunérations sont normales, et il n'y a pas d'inconvénient à les révéler ; ou elles ne le sont pas... C'est d'ailleurs en considération de cette seconde hypothèse que le système actuel ne satisfait pas. La connaissance du montant global des rémunérations ne permet d'établir que des moyennes, or celles-ci peuvent cacher de très importantes distorsions. Mieux vaudrait y adjoindre la publication d'un classement des différentes rémunérations par rapport à certains plafonds qui seraient déterminés par voie réglementaire. Cette information serait plus significative. (3)

(1) Bull. mens. C.O.B. n° 74, p. 4.

(2) J.C.P. 1953-1-7344 note Bastian, D. 1952-459, J. Soc. 1952-267 note Granger, Rev. Soc. 1952-288, note Cervésie. Dans le même sens ; rapport Sudreau, coll. 10-18, p. 67.

(3) Voir en ce sens : l'exemple du droit anglais. Il doit être indiqué le nombre de personnes employées par la société qui ont reçu un traitement supérieur à 10.000 livres, en les classant par tranches successives d'une fourchette de 2.500 livres et en les comparant aux chiffres correspondants de l'année précédente. Par ailleurs, si la société, par elle-même ou en tenant compte de ses filiales, emploie plus de 100 personnes, une autre disposition prescrit d'indiquer le nombre de ces personnes et le montant global des rémunérations versées. Tunc - Droit anglais des sociétés anonymes. p. 161-163.

II - Les conventions conclues entre la société et ses dirigeants

Cette situation laisse craindre que le cocontractant de la société n'abuse de sa position prépondérante pour obtenir des avantages injustifiés. Mais comme par ailleurs ces contrats sont fréquents et souvent utiles aux deux parties, leur licéité est admise en principe. Il importe uniquement que les actionnaires puissent vérifier si l'équilibre des prestations a été respecté (1). A cette fin, un rapport des commissaires aux comptes, mis à la disposition des actionnaires, informe ces derniers des conditions dans lesquelles le contrat a été conclu (2). La loi de 1966 conserve les principes admis antérieurement mais les précise et étend leur domaine d'application.

Dans les sociétés par actions, seules les conventions conclues entre la société et ses dirigeants sont soumises à un régime particulier. Pour assurer l'efficacité du contrôle, la loi vise à la fois les accords auxquels un dirigeant est partie et ceux auxquels il est indirectement intéressé (3). A ce propos, les articles 101 et 143 de la loi de 1966 édictent des présomptions d'interposition de personnes : ainsi, une entreprise dont un dirigeant de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance (4). Toutefois, l'intérêt direct ou l'interposition de personnes se conçoivent en dehors des cas expressément prévus par le législateur si la démonstration en est faite (5). Par exemple, de même qu'un administrateur de société anonyme, associé en nom, peut être

(1) Art. 101 et 143 loi 1966.

(2) Art. 103 al. 3 et 145 al. 3 loi 1966.

(3) Bien que seul l'article 106 de la loi de 1966 mentionne, à propos des conventions interdites, que la réglementation s'applique au représentant permanent d'une personne morale, il faut généraliser la solution. Le représentant permanent est soumis en effet aux mêmes obligations que les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance. Art. 99 et 135 loi 1966. B. Oppetit, le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme. J.C.P. 1969-1-2227 n° 26. On ne saurait pourtant l'étendre au dirigeant de fait. Com. 29.5.1967 Bull. 3 n° 212 p. 203, R.T.D.Com. 1967-1085 obs. Houin.

(4) L'énumération antérieure était plus restrictive. Voir à propos d'un dirigeant membre d'une société civile : Com. 12.11.1969 J.C.P. 1970-2-16264 note Guyon, D. 1970, somm. 108, Bull. n° 330 p. 309.

(5) Com. 21.7.1964 Bull. 3 n° 393 p. 350, R.T.D.Com. 1965-130 obs. Houin ; Com. 23.1.1968 Bull. 4 n° 38, p. 28.

tenté d'avantager la société en nom lorsque celle-ci traite avec la société anonyme, pareillement et pour des motifs identiques, l'administrateur peut souhaiter sacrifier la société au groupement d'intérêt économique dont il est membre parce que son intérêt personnel y est plus grand.

Selon l'opinion dominante, c'est au moment de la conclusion du contrat qu'il convient de se placer pour déterminer si la réglementation est applicable. On doit ainsi l'écarter dès le moment où la qualité de dirigeant n'existe plus (1) ou pas encore (2), ou si la société échappe alors en raison de sa forme aux articles 101 et 143 de la loi de 1966 (3).

Malgré sa logique, la solution n'offre pas entière satisfaction. Elle peut faciliter les fraudes, notamment dans l'hypothèse où pour faire échec à la procédure requise l'intéressé conclut le contrat juste avant d'être nommé dirigeant. Certes la fraude peut être sanctionnée mais cela suppose l'établissement d'une preuve parfois difficile alors que l'inobservation des formalités spéciales nécessite seulement une constatation. Faudrait-il édicter une présomption de fraude pour les contrats intervenus dans un certain délai avant la prise des fonctions ou après la démission ? L'article 93 de la loi de 1966 ouvre cette voie en disposant qu'un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination (4).

En second lieu, la protection ne risque-t-elle pas d'être illusoire si une convention conclue sans formalités spéciales continue de s'écouler pendant un temps assez long après que le cocontractant soit devenu dirigeant ? On peut craindre que l'intéressé ne profite de sa nouvelle qualité pour obtenir des modifications du pacte initial sans que les associés en aient connaissance. En réalité, un argument analogique démontre que le danger n'est peut-être pas aussi imparable. Les articles 91 et 116 du décret n° 67.236 prévoient que les commissaires aux comptes doivent être informés de l'existence des conventions conclues et autorisées au cours d'exer-

(1) Paris 15.4.1964 J.C.P. 1964-4-136 ; Soc. 17.11.1966 Bull. 4 - 863.

(2) Soc. 22.3.1962 J.C.P. 1962-2-12717 ; Paris 16.11.1959 J.C.P. 1960-2-11693 note D.B.

(3) Com. 4.3.1969 J.C.P. 1969 - 15949 note Guyon, D. 1969-687, R.T.D.Com. 1969-533 obs. Houin.

(4) B. Piedelièvre. Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services dans les sociétés anonymes après la loi du 24.7.1966. J.C.P. 1968-2205.

cices antérieurs mais dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice, puis ils indiquent dans leur rapport à l'assemblée générale, à titre de simple information, l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées reçues en contrepartie. Or de ce que les tribunaux exigent à nouveau le respect des formalités d'autorisation lorsque la convention originale est reconduite (1) ou modifiée (2), on peut très bien déduire, revenant à l'hypothèse de départ, que si une convention a échappé à la réglementation par suite de l'absence d'une condition, sa modification ne peut s'y soustraire dès lors que la condition existe.

368

En revanche, plusieurs limites s'avèrent certaines. D'abord, à la différence de ce qui est admis pour les S.A.R.L., les contrats passés entre la société et un actionnaire bénéficient d'une entière liberté. Les commissaires pourraient tout au plus signaler le fait à l'assemblée s'il y avait rupture d'égalité entre les actionnaires.

Ensuite, trois catégories d'actes échappent au domaine de la procédure légale. Les uns sont toujours interdits en raison des dangers qu'ils comportent (3). Les opérations courantes conclues à des conditions normales sont libres (4). En dernier lieu, la jurisprudence décidait, avant la réforme (5), que n'étaient pas soumises à cette procédure les conventions relevant de la compétence de l'assemblée extraordinaire des actionnaires. Les garanties offertes alors militent en faveur d'un maintien de cette position.

Antérieurement à 1966, une controverse s'était élevée pour déterminer si la rémunération des fonctions du président directeur général entrait dans le cadre de la réglementation. Les partisans de la solution affirmative s'appuyaient sur une modification intervenue dans la rédaction du texte. En effet, la loi du 4.3.1943 semblait avoir élargi une formule initialement restrictive en subordonnant à la procédure d'autorisation "toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs". Les

(1) T.G.I. Blida 24.4.1963 G.P. 1963-2-438.

(2) Com. 11.12.1963 J.C.P. 1964-2-13873 note E. Alfandari.

(3) Art. 106 loi 1966.

(4) Art. 102 et 144 loi 1966. Com. 8.10.1973 Bull. n° 271 p. 244.

(5) Com. 7.6.1963 D. 1964-308 note A. Dalsace.

adversaires d'une telle conception invoquaient quant à eux le caractère révocable du président. Ripert et les partisans des thèses institutionnelles indiquaient que le président tenait ses pouvoirs de la loi et que par conséquent sa rémunération ne pouvait être l'objet d'une convention entre lui et la société. Bien que les textes actuels ne résolvent pas explicitement la difficulté, certains arguments renforcent la seconde opinion. D'abord, le président tient d'autant plus désormais ses pouvoirs de la loi que les dispositions qui viendraient les restreindre seraient inopposables aux tiers. Ensuite, l'article 110 de la loi de 1966 énonce que le conseil d'administration détermine la rémunération du président, et l'article précédent ne soumet à la procédure particulière d'autorisation que les rémunérations exceptionnelles allouées aux administrateurs pour les missions et mandats qui leur sont confiés. Les travaux préparatoires abondent en ce sens. Le Sénat puis l'Assemblée Nationale, en deuxième lecture, ont supprimé dans l'article 110 la référence à l'approbation de l'assemblée générale. D'ailleurs, l'admission de la solution contraire aurait heurté la règle selon laquelle tout actionnaire ne peut obtenir communication que du montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées. Ces arguments valent également pour les membres du directoire. Seul le directeur général non administrateur est tenu de se conformer à la procédure d'autorisation préalable.

369

Après autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, avis des conventions doit être donné aux commissaires dans le délai d'un mois à compter de leur conclusion (1). Le rapport spécial de ces derniers doit être adressé aux actionnaires qui en formulent la demande (2) et doit être déposé au siège de la société avant la fin du troisième mois qui suit la clôture de l'exercice et, en tout cas, vingt jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire (3). La loi de 1867 ne prévoyait pas le degré de précision du rapport spécial. Non sans hésitation, la majorité des tribunaux (4) et des auteurs (5) avaient

(1) Art. 91, 116 et 203-1 décret n° 67.236.

(2) Art. 135-6° décret n° 67.236.

(3) Art. 191 décret n° 67.236.

(4) T.C. Seine 24.7.1941 J. Soc. 1942-127 note Bosvieux ; Paris 23.11.1955 D. 1956-290 note Goré ; Trib. civ. Lille 14.12.1955 D. 1956-670 note Goré ; Com. 22.10.1956 D. 1957-177 note Ripert ; T.C. Seine 15.1.1953 D. 1953-312 note Tunc.

(5) M. Lauriol, Le rapport spécial des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes, R.T.D.Com. 1955-723 ; Noirel, thèse préc. p. 279.

finalement admis qu'il devait avoir un caractère détaillé et informer sur toutes les conséquences de l'approbation demandée.

Les articles 92 , 117 et 203-1 du décret n° 67.236 consacrent le droit antérieur. Le rapport spécial doit indiquer : l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ; le nom des dirigeants intéressés ; la nature et l'objet desdites conventions ; les modalités essentielles de ces conventions, notamment, l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés et des sûretés conférées ; le cas échéant, toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées.

370

B/ Les renseignements concernant les comptes sociaux.

Pour une assemblée générale ordinaire, la société doit adresser aux actionnaires qui le demandent : le compte d'exploitation générale, le compte de pertes et profits, le bilan et un tableau d'un modèle déterminé faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices (1). L'inventaire peut être consulté au siège social.

Parmi ces documents, le bilan, le compte de pertes et profits et le compte d'exploitation générale ne sont pourtant pas réservés à la seule information des actionnaires. Tout intéressé peut en avoir connaissance dans le cadre de la publicité des résultats. Leur examen sera donc entrepris à ce titre (2).

371

A propos du tableau des résultats, la C.O.B. a constaté qu'une faible proportion de sociétés faisaient figurer à côté de leurs comptes ceux des exercices antérieurs, interdisant des comparaisons immédiates. Malgré l'utilité de cette disposition, seule capable de laisser apparaître l'évolution de la situation financière, 20 % des sociétés en 1971, 28 % en 1972 et 40 % en 1973 et 1974 l'ont respectée.

(1) Art. 135, 6° décret 67.236.

(2) Voir infra n° 385 et s.

Diverses dispositions légales complètent l'exigence de la publication du tableau des résultats. Aux termes de l'article 47 de la loi du 12.7.1965 portant réforme de la fiscalité des entreprises, les résolutions soumises aux assemblées en vue de l'affectation des résultats de chaque exercice doivent mentionner le montant des dividendes mis en distribution au titre des trois exercices précédents et celui du crédit d'impôt ou de l'avoir fiscal correspondant. Selon l'article 223 quater du code général des impôts, doit être soumis à l'approbation de l'assemblée ordinaire le montant global des dépenses et charges somptuaires ainsi que le montant de l'impôt supporté en raison de ces dépenses et charges ; enfin, selon le même article quinquies, doivent par ailleurs être communiqués, sous la responsabilité des commissaires aux comptes, les frais généraux qui ont donné lieu à réintégration dans le bénéfice imposable au titre de l'article 39-5 du même code, c'est-à-dire les frais généraux omis dans le relevé spécial annexé à la déclaration des résultats, les frais généraux excessifs et non engagés dans l'intérêt direct de l'entreprise.

D'une façon générale, la signification des documents comptables dont l'inventaire dépend indubitablement des conditions de leur établissement et de leur présentation. Or, des dirigeants soucieux de préserver le secret de leurs affaires ou s'abritant derrière lui pour empêcher les actionnaires de contrôler efficacement leur gestion peuvent être tentés de faire en sorte que cette information ne reflète qu'une image très relative de la situation sociale. Sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence avait dû intervenir à plusieurs reprises pour préserver les droits des actionnaires. Les solutions dégagées alors conservent leur valeur. Les discussions eurent d'abord pour objet l'inventaire, puis, avec la réforme du décret-loi du 30.10.1935, elles se déplacèrent sur le bilan et surtout sur le compte de pertes et profits qui, avec le compte d'exploitation générale est la pièce la plus intéressante pour connaître la situation sociale durant l'exercice écoulé.

Le débat relatif à l'inventaire naquit de ce que les textes n'énonçaient aucune définition de la notion. Certains tribunaux avaient considéré qu'était suffisante la communication de la dernière page de l'inventaire, contenant le résumé actif et passif de la situation de fin d'an-

née, ou celle de sa bourse (1). Mais l'opinion dominante exigeait que fût communiqué l'inventaire détaillé de l'actif et du passif de la société et qu'il doive être dressé en application de l'article 9 du code de commerce, c'est-à-dire: "un relevé complet, sans lacune ni omission, un dénombrement détaillé article par article, de tout élément, soit d'actif, soit de passif" (2). En effet, se contenter du résumé de l'inventaire équivaut à admettre que seul le bilan, qui n'est pas autre chose que ce résumé, soit communicable. Or, l'article 35 de la loi de 1857 comme aujourd'hui l'article 168 de la loi de 1966 visent cumulativement l'inventaire et le bilan.

Le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables a récemment défini le mot comme devant recouvrir à la fois : "d'une part l'ensemble des opérations de recensement exhaustif des éléments actifs et passifs de l'entreprise ; d'autre part, l'ensemble des documents donnant l'état descriptif et estimatif de ce patrimoine" (3). La Cour de cassation, elle-même, a souligné la distinction à établir entre le bilan et l'inventaire : "Le dernier ne doit pas se réduire à un énoncé de soldes mais doit être un tableau descriptif et estimatif des divers éléments de l'actif et du passif de nature à permettre à chaque associé d'exercer son droit de regard et de critique sur la conduite des affaires sociales" (4).

(1) Rouen 27.4.1922 D.P. 1923-1-122, G.P. 1922-2-162 ; J. Soc. 1923, 351.

(2) T.C. Seine 28.3.1887, J. Soc. 1890-104 ; T.C. Seine 16.1.1899 J. Soc. 1899-227 ; T.C. Seine 8.7.1921 G.P. 1922-1-61 ; Lepargneur, J. Soc. 1924-71.

(3) Séance du 7.5.1969.

(4) Com. 14.12.1960 Bull. 1960 - 3, n° 415, p. 377. Dans le cas particulier d'une société anonyme dont l'actif se compose exclusivement d'un poste portefeuille et d'espèces et qui n'a porté sur le livre d'inventaire que le seul bilan et le compte de pertes et profits, et se refuse à donner en communication les livres de référence qui indiqueraient la composition exacte du poste portefeuille, lesquels livres ne sont pas paraphés et n'ont donc pas la même valeur d'immuabilité que s'ils l'étaient, il avait été demandé au Ministre de la justice si l'inventaire réel prévu à l'article 9 alinéa 1 du code de commerce devait être porté sur le livre d'inventaire, en plus du bilan et du compte de pertes et profits, et si les postes de cet inventaire devaient porter les précisions nécessaires et suffisantes pour permettre à un actionnaire d'exercer avec profit, son droit de communication légale sans avoir besoin de recourir à la justice. Dans sa réponse, le ministre a fait savoir que "sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, l'article 9 § 1 nouveau du code de commerce ne semble pas exiger que l'inventaire figure sur le livre d'inventaire ; aux termes du § 2 du même article, sont en effet copiés sur ce livre, le bilan et le compte de pertes et profits. Rép. min. question n° 9980, J.O. déb. A.N. 9.3.1959 même sens : question n° 9979 J.O. déb. A.N. 8.3.1958 p. 1337, J. S. 1959 - 172.

L'inventaire a une double utilité. Dans toutes les entreprises, il permet d'établir une balance des comptes après inventaire, en apportant aux comptes repris dans la balance avant inventaire toutes les corrections et modifications qui s'avèrent nécessaires d'après les renseignements descriptifs et estimatifs qu'il contient. L'inventaire garantit ainsi l'établissement et la représentation d'un bilan sincère. Dans les sociétés, il donne en outre aux associés des éléments complémentaires d'information pour qu'ils puissent exercer un contrôle de la bonne marche des affaires sociales, et éventuellement les critiquer.

L'exposé de son rôle laisse apparaître qu'il doit être particulièrement détaillé en ce qui concerne les rubriques qui ont le plus d'importance dans la société considérée. En pratique toutefois, en raison de la multiplicité des opérations sociales, l'inventaire représente un tel volume qu'il ne peut être consulté valablement par l'actionnaire et que sa certification ne peut assurer de sa régularité et de sa sincérité. Par contrecoup, l'inventaire servant à la confection du bilan, se trouvent remis en cause les éléments du bilan qui reposent sur lui. Cela explique que le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés, contredisant quelque peu la définition qu'il énonçait, ait été amené à recommander que l'inventaire soit présenté sous la forme d'un simple état récapitulatif se distinguant du bilan et de la balance générale des comptes mais constituant un élément indispensable à l'établissement de ceux-ci. Ces observations suffisent à démontrer le caractère illusoire de la certification de l'inventaire. Elle abuse les actionnaires, les tiers et le public en faisant croire qu'elle apporte un complément de garantie à la certification du bilan et des comptes de résultats. Une proposition de loi vient d'ailleurs de proposer la suppression de cette obligation, superflue dans son état actuel (1).

(1) Proposition MM. Cousté... préc. annexée au procès-verbal de séance du 12.4.1973, enregistrée le 2.4.1973.

C/ Le rapport des dirigeants.

Selon les termes de l'article 135, 4° du décret n° 67.236 doivent être adressés aux actionnaires : "le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, qui sera présenté à l'assemblée ainsi que, le cas échéant, les observations du conseil de surveillance".

La loi de 1867 n'avait pas prévu la communication d'un rapport rédigé par les administrateurs. Mais la pratique en généralisa l'usage et le décret-loi du 31.8.1937 l'imposa en décidant que les commissaires aux comptes devaient contrôler l'exactitude des informations données par les administrateurs dans leur rapport. Actuellement, on peut toutefois se demander si la rédaction d'un rapport est prescrite pour toutes les assemblées, spécialement les assemblées extraordinaires. La différence de terminologie des alinéas 2° et 3° de l'article 168 de la loi de 1966 conduit à l'admettre. Le deuxième point affirme en effet sans restriction le droit d'obtenir communication des rapports. Si le législateur avait voulu exprimer une restriction, il aurait certainement inséré dans le texte la formule du troisième point qui commence par les mots "le cas échéant" parce que ce qui suit n'est qu'éventuel. Quant au fond, les renseignements sur la gestion et la marche des affaires sociales qu'il doit contenir figurent déjà au nombre de ceux qui accompagnent obligatoirement la sollicitation des procurations (1).

Pour une assemblée générale extraordinaire, la teneur du rapport dépend évidemment de l'objet de la réunion. S'agissant d'une assemblée générale ordinaire, l'article 148 du décret n° 67.236 prescrit que soient exposés clairement et précisément : l'activité de la société et, le cas échéant, de ses filiales au cours du dernier exercice écoulé, les résultats de cette activité, les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir. Sur ce dernier point, le droit français pourrait ajouter une précision empruntée au projet de société anonyme européenne.

(1) La C.O.B. a proposé la suppression de ce double emploi. Que les actionnaires intéressés puissent les demander mais qu'ils ne soient plus joints automatiquement. Rapport 1970, p. 99.

Le rapport de la direction rend compte de l'exercice écoulé avec un recul pouvant atteindre six mois et plus. L'article 195-deuxièmement du projet dispose en conséquence très opportunément qu'outre l'exposé de l'évolution des affaires et de la situation de la société au cours de l'exercice précédent, le rapport doit comporter des indications sur les "événements importants survenus après la clôture de l'exercice". La transposition d'une exigence semblable en droit français complèterait utilement la notion subjective que recouvre la rubrique perspectives d'avenir.

Eventuellement, le rapport doit rendre compte des points particuliers suivants : si des modifications ont été apportées, soit au mode de présentation, soit aux méthodes d'évaluation du compte d'exploitation, du compte de pertes et profits, et du bilan (1) ; toute prise de participation dans une société ayant son siège social sur le territoire de la République Française, ou toute acquisition de plus de la moitié du capital d'une telle société intervenues au cours de l'exercice (2) ; les avia reçus et les aliénations d'actions effectuées en application des dispositions relatives aux participations réciproques (3) ; les opérations effectuées par la société sur ses propres actions (4) ; et toutes informations permettant à l'assemblée d'approuver ou de désapprouver les conventions conclues au cours de l'exercice écoulé entre la société et un administrateur ou une entreprise dans laquelle un de ces derniers posséderait des intérêts importants (5).

On s'est interrogé, en dernier lieu, sur le point de savoir si la direction peut compléter ces informations par un commentaire des résolutions proposées par la minorité. La réglementation légale ne le prévoit pas.

(1) Art. 341 loi 1966, art. 244 décret 67.236.

(2) Art. 356 al. 1 loi 1966.

(3) Art. 358 loi 1966, art. 249 et 251 décret 67.236. Après l'analyse des textes, certains auteurs concluent que l'information doit être donnée aux actionnaires de la société qui a adressé l'avis et non pas à ceux de la société qui l'a reçu. R. et J. Lefebvre, préc. p. 140. Il semble plutôt que les actionnaires doivent être informés tant des avis envoyés que reçus. Revue fiduciaire, décembre 1967 n° 473 p. 146.

(4) Art. 217, 217-1, 217-2, 217-3, 217-4 loi 1966.

(5) Art. 91 et 92 décret 67.236.

La solution paraît devoir être écartée pour des raisons de principe afin que les minoritaires ne se trouvent pas désavantagés au moment de la diffusion de leurs résolutions qui pourraient être ainsi accompagnées d'une note critique du conseil sans disposer de la faculté d'y répondre. Il appartient seulement aux dirigeants de prendre parti sur ces propositions. L'utilisation des pouvoirs en blanc le requiert parce qu'alors les votes sont obligatoirement favorables à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire (1).

377

Le rapport des dirigeants devrait occuper une place centrale dans l'information parce qu'il donne une vue d'ensemble de la situation de l'entreprise. Or, plusieurs lacunes doivent être dénoncées. Un trop grand nombre de rapports restent vagues en dépit de l'existence de critères de bonne information que les sociétés connaissent. L'ordre des experts comptables a publié des nomenclatures de renseignements attendus des utilisateurs. La société française des analystes financiers a même adapté ces listes en fonction des caractéristiques de différents secteurs d'activités. Malgré cela, certains rapports se cantonnent dans le domaine des généralités. Parfois, ils ne laissent même pas discerner la nature de l'activité de la société. Ailleurs, ce qui concerne celle-ci disparaît sous un amas de considérations vagues relatives à la conjoncture économique générale.

378

D/ Les rapports des commissaires aux comptes.

Comme l'indication du montant global des rémunérations des dirigeants, et en vertu de l'article 139 du décret n° 67.236, le rapport général des commissaires sur les comptes reste à la disposition des actionnaires au siège social ou au lieu de la direction administrative (2). La règle semble inopportune. La C.O.B. a justement critiqué l'illogisme qui consiste à adresser les comptes aux actionnaires sans y joindre les conclusions de ceux qui les contrôlent (3). En outre, l'article 444 de la loi

(1) Art. 134 al. 1 décret 67.236. Rép. min. n° 27249 J.O. déb. A.N. 27.1.1973 p. 234, Rev. Soc. 1973 - 381.

(2) T.G.I. Strasbourg, référé 26.9.1969 R.T.D.Com. 1970 - 150 obs. Ho

(3) Rapport annuel 1969 p. 70 - Rapp. mensuel n° 69 p. 4.

1966 punit d'amende pénale les dirigeants qui n'auraient pas adressé à tous les actionnaires qui en font la demande les rapports du conseil d'administration et des commissaires aux comptes qui seront soumis à l'assemblée. Dès lors, convient-il de considérer qu'il y a infraction à respecter les termes de l'article 139 du décret ? Certainement. Un texte de nature réglementaire ne peut faire échec à une obligation résultant de la loi (1). Cependant, afin de dissiper toute ambiguïté, une réforme serait nécessaire pour harmoniser ces dispositions discordantes.

La solution pourrait consister à étendre au rapport général des commissaires aux comptes le régime de publicité établi pour les rapports particuliers : ces derniers sont adressés aux actionnaires qui en formulent la demande ou peuvent être consultés au siège social selon les modalités que prévoit l'article 135-7° du décret n° 67.236.

379

I - Le rapport général des commissaires aux comptes.

Les commissaires doivent établir chaque année un rapport écrit dans lequel ils rendent compte à l'assemblée générale de l'accomplissement de la mission que leur a conféré la loi. Ce rapport existait déjà dans le régime ancien (2). Mais son utilité était toutefois limitée. Le commissaire comparait les chiffres du bilan de l'exercice écoulé à ceux de l'exercice antérieur. Il se gardait de juger les comptes sauf en cas d'irrégularité manifeste.

La réforme de 1966 condamne ces pratiques laxistes. Elle entend faire de ce document un instrument d'information qui permette aux actionnaires de statuer sur les comptes en connaissance de cause. L'article 193 du décret n° 67.236 précise son contenu de la manière suivante : "Les commissaires aux comptes font état, le cas échéant, des observations que les comptes de l'exercice appellent de leur part et éventuellement des motifs pour lesquels ils refusent d'en certifier la régularité et la sincérité". Ces indications laissent subsister une marge d'appréciation, notamment quant à la longueur du rapport. Interrogé sur ce point, le Ministre de la

(1) Question M. Le Bellegou, n° 8405, rép. min., J.Q. déb. Sénat 29.4.1969 p. 191 ; R.T.D.Com. 1969 p. 527 obs. Houin.

(2) Art. 34 loi 1867.

justice a paraphrasé le texte sans prendre parti(1). Les partisans du rapport long font valoir que l'esprit des dispositions nouvelles milite en faveur d'une information détaillée. Le commissaire devrait donc indiquer non seulement le résultat de sa mission, mais encore les moyens qui lui ont permis de parvenir à cette affirmation. D'autres observent qu'un rapport court est tout aussi instructif. Effectivement, lorsque les comptes sont réguliers, la formule de certification doit suffire. Seule la présence d'irrégularités ou d'ambiguïtés justifie des explications plus développées. D'ailleurs, en Grande-Bretagne, bien que le rapport des auditeurs soit généralement succinct, la vérification passe pour des plus sérieuses (2). Cette seconde conception rallie à elle la majorité des avis (3).

Néanmoins, le cas échéant, le rapport signale les points suivants : le défaut de sincérité des informations données dans le rapport des dirigeants ou dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes de la société (4) ; des observations sur la manière dont les comptes ont été établis ; le non-respect de l'égalité entre les actionnaires (5) ; irrégularités et inexactitudes relevées au cours de l'accomplissement de la mission, en particulier les infractions commises par les dirigeants (6) ; violation des dispositions relatives aux actions de garantie (7) ; modifications de forme et d'évaluation proposées pour les comptes (8) ; participations acquises pendant l'exercice (9) ; les alié-

(1) Rép. min. 4.4.1969 R.T.D.Com. 1969-523 obs. Houin.

(2) Djian Yves, Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun. Paris 1965 n° 122 ; traité Ripert et Roblot n° 1353.

(3) Ordre des experts comptables, L'exercice du commissariat aux comptes, Paris 1970, n° 623 ; L'exercice du commissariat aux comptes, cahiers de l'I.F.E.C. 1970, n° 1 p. 91 ; Guyon et Coquereau, Le commissariat aux comptes, 1971, n° 262 ; La sincérité des comptes, Rev. frse de comptabilité n° 34, janvier 1974 p. 11. Il s'agit là d'une confirmation de la jurisprudence antérieure à 1966 : Com. 4.12.1951 J.C.P.1952-2-7121 note D.B. ; D. 1953-323, Rev. Soc. 1952, 286 note Dreyer.

(4) Art. 228 alinéa 2 loi 1966. A cet égard une extension doit être constatée par rapport à la situation antérieure à 1966 qui imposait seulement de contrôler l'exactitude des informations données sur les comptes dans le rapport du conseil d'administration.

(5) Art. 228 alinéa 3 loi 1966.

(6) Art. 233 loi 1966.

(7) Art. 97 et 132 loi 1966.

(8) Art. 341 loi 1966.

(9) Art. 356 loi 1966.

nations d'actions intervenues en cas de participations réciproques supérieures à 10 % (1) ; non-communication aux actionnaires du montant global de certaines catégories de frais généraux (2).

II - Les rapports particuliers.

Outre le rôle majeur de certification des comptes que la loi leur assigne en vue des assemblées générales ordinaires, les commissaires aux comptes sont appelés à établir des rapports particuliers à destination des actionnaires lorsque les structures juridiques ou financières de la société sont modifiées. Trois exemples ont été rencontrés précédemment : la renonciation au droit préférentiel de souscription, la réduction du capital et la fusion, scission ou apport partiel d'actif.

Ce ne sont pas les seuls cas. Lors d'une émission d'obligations convertibles ou échangeables, les commissaires présentent à l'assemblée appelée à autoriser l'opération un rapport dans lequel ils émettent leur avis sur les bases de conversion ou d'échange proposées par la direction dans son propre rapport (3) ; lors d'une émission d'obligations échangeables, ils font part également de la convention conclue entre la société et les tiers souscripteurs (4). L'assemblée qui décide l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice des membres du personnel statue sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur celui des commissaires : ces derniers donnent leur avis sur les modalités proposées pour la fixation du prix de souscription ou d'achat (5). Sauf en cas de transformation en société en nom collectif, la décision d'opter pour une autre forme sociale est prise par l'assemblée générale extraordinaire sur le rapport des commissaires aux comptes qui atteste que le capital net égale au moins le capital social (6). Enfin, l'assemblée générale extraordinaire qui convertit des parts de fondateur en actions statue sur le rapport des commissaires indiquant les bases de la conversion (7).

(1) Art. 358 et 359 loi 1966.

(2) Art. 27 loi 12.7.1965, art. 223 quinquies C.G.I.

(3) Art. 195 et 201 loi 1966, art. 170 décret 67.236.

(4) Art. 202 loi 1966.

(5) Art. 208-1 loi et 174-9 décret 67.236.

(6) Art. 237 loi 1966.

(7) Loi du 23.1.1929, art. 8 modifié. S'il s'agit du rachat ou de la conversion de parts émises depuis plus de vingt ans, les commissaires font état des conclusions du rapport des experts prévu par le décret du 6.6.1961.

81 L'information préalable à la tenue de l'assemblée ne représente qu'un premier stade dans l'élaboration de la volonté sociale. Celle-ci s'enrichit et prend forme définitive lors des délibérations auxquelles en conséquence des décisions individuelles ne sauraient se substituer (1). Mais les discussions, demandes d'éclaircissements et explications restent circonscrites à l'examen des documents soumis à l'assemblée en vertu de la loi. Certaines législations étrangères ignorent une telle limitation. En droit allemand, l'assemblée générale a la possibilité de nommer des vérificateurs spéciaux chargés d'examiner la constitution de la société ou sa gestion. L'information intégrale qui est alors réalisée s'accorde mieux à la souveraineté de son bénéficiaire. Pour parvenir à un résultat semblable, on use en droit français du biais de l'expertise de minorité. La demande n'en est certes pas formulée dans le cadre d'une assemblée générale, mais elle peut toutefois l'être en vue d'une telle réunion.

82 Par ailleurs, le droit à l'information qui vient d'être décrit est préalable aux assemblées. Il a justifié à ce titre l'appellation de droit de communication temporaire. A ses côtés, le décret-loi du 30.10.1935 avait organisé au profit des actionnaires un droit de communication qui pouvait être invoqué à tout moment (2).

La loi de 1966 en maintient le principe mais, comme pour le droit de communication temporaire, elle en élargit l'objet. Aux termes de l'article 170, ce droit porte sur tous les documents sociaux visés à l'article 168, c'est-à-dire ceux qui ont dû être tenus à la disposition des actionnaires avant les assemblées générales des trois derniers exercices, ainsi que sur les procès-verbaux et feuilles de présence de ces assemblées. Les dispositions légales sont très larges. Aucune distinction

(1) A propos du conseil d'administration : Paris 18.3.1959 G.P. 1959-2-7 concl. av. gal Lambert ; D. 1959 somm. 94. La règle contraire prévaut toutefois en matière de S.A.R.L. Par ailleurs, le vote par procuration contredit pratiquement le principe.

(2) Art. 35 al. 3 loi 1867 modifiée. Paris 18.10.1963 J.C.P. 1964 éd. C.T. 74218, Rev. Soc. 1964 - 205, J. Soc. 1964 - 198 2^e espèce, G.P. 1964-1-386.

n'est faite d'après le caractère ordinaire ou extraordinaire des assemblées réunies. Cependant, pas davantage qu'auparavant, les termes de la loi n'englobent la liste des actionnaires. Il reste pourtant que ces derniers possèdent un moyen indirect de se connaître par la consultation des feuilles de présence (1).

(1) La loi consacre ici la solution jurisprudentielle antérieure d'une question controversée en doctrine. L'article 35 al. 3 de la loi de 1867, rédaction de 1935, ne mentionnait pas les feuilles de présence au nombre des documents communicables. Sans doute, l'article 28 de la même loi le prévoyait-il mais ce texte ne permettait pas d'en prendre copie contrairement aux documents spécifiés par la première disposition. Afin que l'information fût réelle, la Cour de cassation au prix d'une interprétation extensive avait finalement admis le droit de copie. Crim. 4.6.1941 G.P. 1941-510, D.C. 1943-25 note Lepargneur, J.C.P. 1941 2-1748 note Bastian, J; Soc. 1942-206 ; Civ. 15.11.1957 G.P. 1958-1-36, D. 1958-109 note Dalsace, Rev. Soc. 1958-33 note Dalsace. A.Dalsace, Le contenu de la feuille de présence, R.T.D.Com. 1961-523, Rev. Soc. 1962-139.

CHAPITRE II - LA PUBLICITE DES RESULTATS.

L'information dispensée à l'occasion des assemblées générales est destinée aux seuls actionnaires pour qu'ils puissent voter en parfaite connaissance de cause. Sa finalité même indique quelles sont ses limites. Elle ignore le souci légitime des membres de la société de suivre l'évolution des affaires sociales sans attendre la tenue des assemblées. Elle sacrifie entièrement les tiers ; or, ceux-ci ont besoin de connaître les résultats de la société afin de mesurer le crédit qu'elle mérite. La publication de renseignements comptables est inséparable du privilège de la responsabilité limitée. Il importe aux créanciers de déterminer la consistance de leur gage.

Traditionnellement, la notion de résultats avait une signification exclusivement comptable. Ils reflétaient l'état du patrimoine social. Récemment, il est apparu utile d'aller au-delà. Par la publicité occasionnelle, ainsi qu'elle a été dénommée, on rend compte des événements susceptibles d'avoir une incidence sur la valeur boursière des titres. L'impératif qui la commande est le maintien de l'égalité entre épargnants. Toutes les parties en présence sur le marché des valeurs mobilières doivent être informées. Très développé aux Etats-Unis, ce second aspect de la publicité des résultats reste encore embryonnaire en droit français. Aucune disposition légale n'y est consacrée mais la C.O.B. s'efforce d'y inciter les sociétés.

Section 1 - La publicité périodique.

Au dix-neuvième siècle les lois sur les sociétés anonymes ne prévoyaient aucune divulgation de renseignements financiers. La loi de 1907 en France, à la même époque que dans les autres pays industriels, exigea la publication des bilans mais uniquement à l'occasion d'un appel public à l'épargne. Il fallut attendre l'ordonnance du 4.2.1959 pour qu'apparût l'obligation pour les sociétés cotées en bourse de publier périodiquement leur chiffre d'affaires et leurs comptes sociaux. Actuellement, les résultats comptables et financiers d'une société font l'objet d'une double mesure de publicité. A la fin de chaque exercice social, les comptes arrêtés par la direction sont mis à la disposition tant des actionnaires au siège social, que des tiers au greffe du tribunal de commerce. A l'égard des sociétés dont les actions sont cotées en bourse on renforce cette première mesure : par le recours à la publicité dynamique - la publication au B.A.L.O. - et par l'actualisation des informations publiées annuellement.

§ 1. Publicité générale des comptes annuels.

Pendant longtemps, l'inventaire fut considéré comme le seul document susceptible de donner une vue précise des affaires sociales. On l'estimait irremplaçable (1). Pourtant, la prééminence du bilan et du compte de pertes et profits allait progressivement apparaître. Le décret-loi du 30.10.1935, en incriminant l'utilisation d'un bilan inexact alors que jusque là la loi de 1867 ne réprimait que l'emploi d'un inventaire frauduleux, en fut la première manifestation législative. L'évolution s'explique aisément. L'inventaire est un document complexe, très lourd, qui rend malaisé, même pour un spécialiste, de déterminer sans pointage, sans regroupement et sans comparaison, la situation de la société. Au contraire, le bilan, par le classement méthodique des divers comptes sous des rubriques

(1) Trib. Corr. Seine 8.7.1921 - J. Soc. 1921 - 503.

récapitulatives le permet immédiatement. Quant au compte de pertes et profits, il présente le résultat obtenu au cours de l'exercice.

On a déjà indiqué que les comptes sociaux doivent être communiqués aux actionnaires pour éclairer leur vote (1). En outre, aux termes de l'article 293 du décret n° 67.236 modifié par le décret n° 68-25 du 2.1. 1968 : "Toute société par actions est tenue de déposer, en double exemplaire, au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, le bilan, le compte de pertes et profits et le compte d'exploitation générale de l'exercice écoulé". En cas de refus d'approbation, une copie de la délibération de l'assemblée est déposée dans le même délai.

Par rapport à la proposition de quatrième directive européenne, le droit français laisse apparaître deux divergences. La première tient à l'objet de la publication. La proposition de directive y inclut l'annexe c'est-à-dire des notes qui constituent, soit des compléments à l'information contenue dans les états comptables - par exemple, les engagements hors bilan ou le détail de certains postes -, soit des explications qui concernent les méthodes utilisées en matière d'évaluations. En effet, quelle que soit l'honnêteté de ceux qui préparent les comptes et les connaissances comptables de leurs lecteurs, les états financiers, si bien agencés soient-ils, ne peuvent communiquer par eux-mêmes une image fidèle (2). La seconde différence est relative à la technique de publicité qui doit être utilisée. Aucune insertion dans un bulletin national, soit intégralement, soit par extrait, soit sous forme de mention signalant le dépôt, n'est imposée en France d'une façon générale. Une publication au B.A.L.O. n'a lieu que pour les sociétés dont les actions sont inscrites à une cote officielle des bourses de valeurs et dont le bilan dépasse dix millions de francs.

Pratiquement, il convient de déplorer que de nombreuses sociétés ne respectent pas l'obligation du dépôt des comptes au greffe (3). Pour y

(1) Voir : supra n° 370 et s.

(2) Cette pratique existe depuis longtemps aux U.S.A.. Le projet de quatrième directive en fait l'un des éléments indissociables des comptes annuels. D'ailleurs, la C.O.B. demande expressément que les comptes inclus dans les notes d'information qui sont soumises à son visa soient accompagnés de ces notes explicatives ou complémentaires. Voir rapport mensuel n° 57, p. 9 et s.

(3) Le greffier du tribunal de commerce de Nancy estime que 60 à 70 % des sociétés de son ressort satisfont aux obligations légales.

remédier, certains greffiers, usant de leurs pouvoirs de contrôle, rappellent à l'ordre les défaillants et obtiennent généralement de bons résultats. Malheureusement, cette initiative reste partielle (1). Le plus souvent, les greffiers préfèrent inviter les demandeurs de documents à déposer plainte auprès du procureur de la République. Or cette démarche est illusoire parce qu'un tiers refusera de l'entreprendre contre une société avec laquelle il prétend entretenir ou développer ses relations. Pourquoi les greffiers ne saisiraient-ils pas automatiquement les instances répressives ?

Au-delà de ce premier aspect quantitatif, on doit surtout s'interroger sur la signification de la formalité. D'une part, les comparaisons dans le temps et l'espace requièrent une présentation homogène et la définition de concepts précis. D'autre part, surgissent des problèmes de fond liés à la recherche constante d'une meilleure traduction de la réalité.

387

A/ La présentation des comptes.

La comptabilité générale est une technique de classement et d'évaluation qui permet de décrire la situation patrimoniale d'une entreprise à une date précise et de déterminer les résultats globaux d'exploitation de l'exercice ainsi que le résultat net final. La législation de 1867 ne contenait aucune référence à des règles comptables. Un décret-loi du 30.10.1935 introduisit le principe désormais traditionnel, selon lequel le bilan, le compte de pertes et profits, et, depuis la loi de 1966, le compte d'exploitation générale, doivent être établis chaque année dans la même forme et suivant des méthodes d'évaluation identiques.

A partir de cette date ont été poursuivies l'élaboration et l'application progressive d'un plan comptable visant à réaliser une normalisation des bilans qui concilie l'homogénéité indispensable aux comparaisons et la souplesse nécessaire à l'adaptation de ses dispositions aux caracté-

(1) Question M. Leroy-Beaulieu n° 10956 du 28.3.1970, rép. min. J.O. déb. A.N. 7.5.1970 p. 1585 ; question M. Schnebelen n° 16515, rép. min., J.O. A.N. 20.3.1971 p. 738 ; question M. Hoffer n° 8068 du 2.2.1974, rép. min., J.O. A.N. 23.3.1974.

ristiques, besoins et moyens des assujettis (1). Un plan comptable général (2) fut créé, bientôt complété par des plans comptables professionnels. Aujourd'hui, l'unification est même projetée au niveau européen par une proposition de quatrième directive.

Ont été astreints à respecter les plans comptables, d'abord les sociétés et organismes bénéficiant de la garantie de l'Etat (3), puis les sociétés procédant à la réévaluation de leur bilan (4), ensuite toutes celles dont les actions sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeurs et dont le bilan dépasse dix millions (5).

Cette uniformisation rend les plus grands services d'un point de vue tant individuel que général. Elle profite déjà à l'administration fiscale pour faciliter son contrôle des bases de calcul de l'impôt sur les bénéfices. Elle sert également à des fins statistiques. L'I.N.S.E.E. prépare ainsi des études globales ou sectorielles sur l'évolution de l'activité économique. Son action se trouve même doublée par le canal d'une centrale des bilans qui collecte et exploite par branches professionnelles et secteurs géographiques les renseignements comptables, financiers et économiques fournis volontairement par les entreprises. Ce système d'information collective permet d'entreprendre des études par ratios qui couvrent un très large échantillon, chaque société recevant en retour l'indication de sa position par rapport à la médiane de son groupe (6).

Louable dans son intention, la méthode employée encourt pourtant certaines critiques. Elle privilégie l'aspect nomenclatural au détriment de l'exposé des tendances générales. Cela conduit trop de praticiens à se contenter d'une application mécanique des listes numériques des comptes, et donc d'une conformité purement formelle.

-
- (1) F. Goré, La comptabilité commerciale et le droit, article in Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel, 1961, p. 89 à 100.
- (2) Arrêtés des 18.9.1947 et 11.5.1957 - Dreyer, J.C.P. 1948 - 1 - 719.
- (3) Décret du 22.10.1947.
- (4) Décret n° 48.1039 du 28.6.1948.
- (5) Art. 295 décret 67.236. En 1970, la C.O.B. a constaté que 65 % des bilans publiés l'ont été conformément aux modèles prescrits, des écarts étaient constatés dans 35 % des cas. Pour 4 %, les motifs de modification étaient valables ; pour 15 %, les écarts avaient pour objet d'apporter des précisions qui auraient pu être données au pied du bilan ; 16 % correspondaient à des erreurs ou négligences. Rapport annuel 1970 p. 77.
- (6) Angleys. L'information des actionnaires et des tiers. 10° congrès de comptabilité, 14-20 octobre 1972, Rev. frse de comptabilité, août-sept. 1972 p. 246.

Par ailleurs, à l'examen des plans en vigueur, on constate, outre des lacunes, que quelques dispositions ne sont plus adaptées aux exigences actuelles de l'information économique et financière. Ces insuffisances faussent les résultats des sociétés. En conséquence, le Conseil national de la comptabilité a entrepris des travaux de révision. Quatre commissions (1) poursuivent l'élaboration de propositions qui tendent à rapprocher les règles comptables et juridiques de la réalité économique. Elles se préoccupent aussi de clarifier la terminologie en éliminant les ambiguïtés dont la pratique a chargé des mots d'usage courant.

Incompétente en matière de réglementation comptable mais concernée par son incidence sur l'information, la C.O.B. a insisté dans un communiqué sur le devoir d'accompagner les comptes de tous les commentaires nécessaires à la compréhension du contenu et de l'évolution de leurs principaux postes. Elle juge en effet que le seul respect des règles comptables satisfait insuffisamment le besoin d'information. Il convient d'y ajouter des indications sur la politique d'amortissement de la société, la méthode utilisée pour comptabiliser les valeurs d'exploitation, la charge fiscale latente de certains éléments du passif, les échéances des dettes, les garanties accordées aux créanciers, les principaux engagements hors bilan(2).

389

Il convient également de regretter que l'effort d'uniformisation ait eu pour limite le bilan. Aucune définition légale ne précise la notion de compte de pertes et profits qui avec le compte d'exploitation générale représente pourtant le document le plus intéressant pour la connaissance de la situation sociale durant l'exercice écoulé. Selon son caractère plus ou moins détaillé, il possède ou non une valeur explicative. Deux espèces peuvent illustrer la controverse jurisprudentielle et doctrinale qui s'instaura historiquement à ce propos. Dans chacune des deux affaires, un conseil d'administration avait mis à la disposition des actionnaires un compte de pertes et profits dans lequel le poste des frais généraux se réduisait à mentionner leur montant total. Aucune annexe n'avait été jointe et le con-

(1) Commissions : terminologie, évaluation, documents de synthèse, juridique, rapport C.O.B. 1971, p. 158.

(2) Bull. mensuel C.O.B. février 1971, n° 24, J.C.P. 1971-3-37687 - Cette obligation semble devoir être renforcée depuis que les commissaires aux comptes s'orientent vers la rédaction d'un rapport court, limité à la certification des comptes.

seil se refusait à donner des éclaircissements complémentaires (1). Pareille conception pouvait s'enorgueillir de la caution du doyen Ripert qui refusait aux actionnaires le droit de s'immiscer dans la gestion de la société anonyme : "Le gouvernement des sociétés commerciales a été réglé par la loi. Il peut être amélioré par de nouvelles mesures légales. Il ne le sera certainement pas par l'intervention personnelle des actionnaires. Que chacun reste à sa place. Le contrôle individuel, c'est l'anarchie introduite dans l'administration. Mieux vaut un silence exceptionnellement coupable qu'une discussion bruyante des affaires sociales par des actionnaires incompétents". (2).

Mais les Cours d'appel saisies de la connaissance de ces litiges, puis la Cour de cassation, ont estimé illégitime la résistance des dirigeants et ordonné la communication du détail des frais généraux. La solution énoncée par la Cour de Lyon était même particulièrement large : "Attendu que les communications prescrites par l'article 35 loi 24.7.1867, que la modification apportée à ce texte en 1935 a rendues plus étendues et plus efficaces, ont pour but de renseigner les actionnaires, aussi complètement que le permet la saine gestion d'une société de capitaux, sur la marche des affaires sociales et de les mettre en mesure d'exercer, en pleine connaissance de cause, leur droit de vote aux assemblées générales, que spécialement le compte de profits et pertes qui fusionne les divers comptes de frais et de résultats ouverts dans le cours de l'exercice et dont le solde représente le bénéfice ou la perte nets, ne répond à cet objet que s'il est aussi clair et aussi détaillé que possible, et que, lorsqu'il ne comprend que quelques indications générales, il doit être complété par des annexes explicatives". Monsieur le professeur Bastian approuva, estimant indispensable de faire du compte de pertes et profits autre chose qu'un "document

(1) Première espèce : Lyon 21.5.1951 J.C.P. 1951-2-6547 note Bastian, S. 1952-2-173 note Dalsace, J. Soc. 1952-267 note Granger, Rev. Soc. 1951-416 note Gervésie ; arrêt interprétatif du premier, Lyon 11.5.1952, J.C.P. 1953-2-7344 note Bastian, D. 1952-459, J. Soc. 1952-267 note Granger, Rev. Soc. 1952-288 note Gervésie ; sur pourvoi, Com. 9.2.1954, J.C.P. 1954-2-8049 note Bastian, D. 1954-241, S. 1954-1-160, Rev. Soc. 1954-21. Deuxième espèce : T.C. Seine 15.1.1953 D. 1953-312 note Tunc, Rev. Soc. 1953-52 ; confirmé par Paris 24.2.1954 D. 1954-244, G.P. 1954-166, S. 1954-160 concl. Gégout. Dans le même sens : Com. 14.12.1960, Bull. n° 415, p. 377.

(2) Ripert. Aspects juridiques du capitalisme moderne, n° 40, 41, 42, 2° éd. 1951.

hermétique, insusceptible de renseigner ceux auxquels il est destiné... ce doit être un tableau effectivement utilisable" (1). Cependant, l'arrêt précité n'indiquait pas jusqu'à quel point on devait détailler les postes du compte. Apercevant l'objection, la Cour de Lyon rendit une nouvelle décision qui sous couvert d'interprétation marquait en fait un net recul par rapport à sa position initiale. Après avoir proclamé un droit général à la communication des frais généraux, elle le restreignait au détail des postes qui intéressaient tout particulièrement les actionnaires compte tenu des circonstances de l'espèce.

La proposition de quatrième directive européenne ne se contente pas de ce système casuel. Les Etats membres sont invités à reproduire dans leur législation quatre schémas de présentation du compte de pertes et profits entre lesquels les sociétés choisiraient (2). Les schémas se différencient d'une part par leur forme extérieure - compte ou liste - et d'autre part par le mode de relevé et de répartition des charges et des produits (3). Faire apparaître les sources du résultat constitue en effet un des objectifs principaux du compte de pertes et profits. Il faut savoir dans quelle mesure le résultat provient de ce qu'a produit l'entreprise au cours de l'exercice, ou bien de l'évolution financière, ou encore d'opérations exceptionnelles. C'est pourquoi les charges et les produits sont uniformément répartis en trois groupes de postes : résultats d'exploitation, résultats financiers, résultats exceptionnels, auxquels viennent s'ajouter les impôts et le résultat de l'exercice (4).

390

B/ Les problèmes de fond qui retentissent sur la signification des comptes.

La comptabilité a été imaginée et perfectionnée dans un but descriptif. Or, de multiples raisons expliquent qu'elle donne une vision dé-

(1) Bastian note sous Lyon 21.5.1951 préc.

(2) Art. 20 à 23.

(3) Dans le même sens : les articles 167 et s. de la proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes présentée au Conseil le 30.6.1970 détaillent minutieusement le contenu du compte de pertes et profits.

(4) Parce que des indications trop détaillées pourraient défavoriser certaines petites sociétés dont l'activité est très peu diversifiée, par rapport à des concurrents, la Commission a toutefois prévu un régime simplifié. Les Etats membres peuvent les autoriser à grouper certains postes figurant au compte de pertes et profits sous le compte d'exploitation, de façon que le montant net du chiffre d'affaires n'apparaisse plus séparément. Article 24.

formée de la réalité (1). Par ailleurs une profonde lacune a longtemps affecté l'information en droit français en ce qui concerne la reconnaissance de la notion de groupe. Afin de pouvoir en apprécier valablement la puissance et la situation financière, tant d'un point de vue global que vis-à-vis de chacune de ses composantes, il importait d'établir des comptes consolidés.

I - La vision déformée de la réalité.

L'actif comptable n'est jamais l'actif véritable. Son évaluation contient toujours une large part d'arbitraire, conséquence du principe fondamental qui la gouverne. Les immobilisations corporelles ou incorporelles, les valeurs mobilières, les marchandises et produits en stock figurent au bilan pour leur valeur d'origine. Les dépréciations par rapport à cette valeur sont constatées sous forme d'amortissements ou de provisions, mais les plus-values non réalisées ne sont pas comptabilisées. Aucun compte n'est tenu, en principe (2), des effets des hausses de prix sur les valeurs qui figurent au bilan.

Sans abandonner la règle de l'inscription au prix d'origine, la C.O.B. estime qu'un aménagement apparaît très souhaitable pour l'évaluation des titres en portefeuille. En effet, les titres dont le cours moyen du dernier mois de l'exercice s'avère inférieur à la valeur d'origine doivent faire l'objet d'une provision pour dépréciation, alors que les plus-values latentes existant pour d'autres ne peuvent être prises en considération. Il conviendrait que seule une baisse de la valeur globale du portefeuille rende obligatoire la constatation d'une provision pour dépréciation. Une telle mesure ferait disparaître une cause importante de la sous-évaluation des

(1) R. Savatier. La théorie des obligations, vision juridique et économique 1969, n° 189.

(2) Une réévaluation est certes juridiquement possible mais en l'absence de réglementation des abus sont à redouter. Ceux-ci ne font l'objet d'une prévention que par la loi du 31.12.1970 relative aux sociétés civiles immobilières de capitaux dont l'article 18 dernier alinéa dispose qu'aucune réévaluation d'actif ne peut être faite sans qu'un rapport spécial à l'assemblée générale extraordinaire n'ait été préalablement présenté par le ou les commissaires aux comptes et approuvé par elle. Nulle disposition analogue n'est édictée pour les sociétés commerciales. Pour y suppléer, la C.O.B. étend la procédure qu'elle a instituée en matière de fusions et d'apports partiels d'actifs afin d'obtenir des dirigeants sociaux une meilleure information circonstanciée des actionnaires. C. Pinoteau, La réévaluation libre des bilans, J.C.P. 1974-2597 n° 5 ; Sur l'opportunité d'une réévaluation légale des bilans, J.C.P. 1974-2636, n° 14, J. Lacombe, Inflation, fiscalité et entreprises, D. 1975-59.

actifs et conduirait à un résultat annuel plus proche de la réalité (1).

Mais d'une façon plus générale, l'intention de résoudre ce problème vient d'être officiellement annoncée par la loi de finances n° 75.1278 du 30.12.1975. Aux termes de son article 65 : "Le Gouvernement proposera au Parlement, avant le 31 décembre 1976, les modifications à apporter au droit des sociétés ainsi qu'aux règles comptables et fiscales pour remédier aux distorsions introduites dans les comptes des entreprises et les structures de financement de ces dernières par l'évolution de la valeur de la monnaie".

392

La déformation de la réalité provient encore du régime des amortissements prévu par la législation fiscale. En devenant parfois un instrument incitatif d'orientation et de sélection des investissements, l'amortissement fiscal s'est progressivement éloigné de la notion de dépréciation des actifs. Or, pour être déductible des bénéfices imposables, l'amortissement comptable doit s'identifier à l'amortissement fiscal. Les sociétés ont donc été amenées à constater des amortissements qui faussent la sincérité des bilans et la présentation des résultats (2). Certes l'amortissement linéaire ne constitue pas une mesure exacte de la dépréciation des biens. Les équipements industriels sont parfois sujets à des variations de valeur irrégulières dont rend mal compte un amortissement annuel constant, et les durées d'amortissement généralement admises apparaissent inadaptées à certains cas particuliers. Mais en comparaison, les règles fiscales aboutissent à une minoration importante des actifs. La durée moyenne d'utilisation des biens amortissables est de deux fois supérieure à celle normalement admise en droit fiscal (3). La C.O.B. émet en conséquence le vœu que seul l'amortissement linéaire soit porté en diminution de la valeur des éléments d'actif, le complément fiscal d'amortissement étant inscrit au passif du bilan dans les capitaux propres. Il importerait en outre que ce complément soit constaté hors comptabilité, sa déductibilité des bénéfices imposables étant par exemple subordonnée à l'affectation à un poste de réserve spécial de la fraction

(1) Rapport C.O.B. 1971, p. 163.

(2) Pinoteau, préc. J.C.P. 2636 n° 18 ; A. Amiaud, La sincérité des bilans et les dispositions fiscales sur l'amortissement des immobilisations, D.S. 1966, 29 n° 8 et 10.

(3) Une étude effectuée sur les investissements réalisés entre 1960 et 1966 a chiffré la sous-évaluation à 30 % du prix de revient des actifs créés au cours de cette période alors que la dépréciation monétaire n'avait entraîné qu'une minoration de 6 %.

des résultats correspondant à son montant.

Effectivement, la régularité fiscale n'affranchit pas les dirigeants de l'obligation de présenter un bilan qui corresponde à la situation réelle de la société (1). A l'imitation des grandes sociétés néerlandaises, la solution pourrait peut-être consister de la part des sociétés françaises à pratiquer des réévaluations constantes et publier des comptes rectifiés en annexe aux états financiers traditionnels (2). C'est ce que le décret n° 65.968 du 28.10.1965 avait timidement ébauché en instituant un tableau de rectifications extra-comptables pour le calcul du résultat final.

393

Un dernier motif du manque de corrélation entre la situation patrimoniale réelle d'une société et sa représentation comptable réside dans une imprécision conceptuelle. Ainsi, par exemple, la comptabilisation des frais d'études et de recherches dont l'importance va croissant, laisse une grande liberté. Pareillement, les comptes publiés au bilan, au compte de pertes et profits et même au compte d'exploitation sont considérablement agrégés et expliquent d'une manière extrêmement sommaire les faits qu'ils synthétisent. D'innombrables moyens existent ainsi de ne pas faire ressortir dans les comptes des décisions importantes, au détriment de l'information qui devrait être. (3)

394

II - Les comptes consolidés.

La tendance à la concentration des entreprises, caractéristique de l'économie contemporaine, se manifeste notamment par la formation de groupes dirigés par des sociétés chefs de file. L'ampleur du phénomène peut se mesurer à l'importance prise par les titres de participation dans l'actif des sociétés. D'un sondage effectué par la société d'études pour le développement économique et social (S.E.D.E.S.) sur 400 sociétés françaises représentant 20 % du chiffre d'affaires des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés, il ressortait que le poste "autres valeurs immobilisées", constitué pour l'essentiel par les titres de participation, représentait

(1) Amiaud préc. , n° 11.

(2) Rapport C.O.B. 1969 p. 100-107 ; 1971 p. 159.

(3) Rapport C.O.B. 1969 p. 107.

en moyenne 25 % de l'actif des sociétés en 1966 contre 20,5 % en 1962, 15% en 1959 et 13 % en 1956 (1).

Or, les informations financières publiées par les sociétés membres ne peuvent à l'évidence rendre compte qu'imparfaitement de la réalité économique du groupe (2). L'activité et la situation d'ensemble de celui-ci appellent la rédaction de documents consolidés. Pour leur obtention, on peut affirmer schématiquement, qu'il suffit de substituer à la valeur des titres de participation qui figurent dans le bilan de la société mère, la valeur résultant des bilans des sociétés dépendantes.

Le droit français éprouve quelque peine à reconnaître l'utilité de cette technique. L'article 248 du décret n° 67.236 accorde la faculté de recourir à la consolidation. Plus incitatif, l'article 4 du décret du 3.10.1968 admet que son emploi dispense de la publication dans le tableau des résultats des renseignements qui concernent les filiales et les participations (3). Mais c'est dans le domaine de la fiscalité que le recul du principe traditionnel de la personnalité juridique distincte des sociétés se manifeste le plus nettement. L'article 22 de la loi du 12.7.1965 et son décret d'application du 11.9.1967 autorisent les sociétés mères qui ont reçu l'agrément du Ministre des finances à compenser les résultats positifs et négatifs de leurs exploitations directes ou indirectes, de sorte que l'assiette de l'impôt sur les bénéfices soit constitué par leur bénéfice consolidé égal à la somme algébrique des résultats et déduction faite de la part revenant à des tiers.

A l'égard des sociétés cotées, cette timide amorce d'un droit des groupes a été heureusement renforcée par l'action de la C.O.B.. Depuis le 1.7.1971, les sociétés qui soumettent une note d'information à son visa doivent publier des comptes de groupe afférents au moins au dernier exercice clos, pour autant évidemment qu'elles détiennent des filiales ou des participations consolidables (4). L'obligation concerne non seulement les sociétés chefs de file d'un groupe mais aussi leurs filiales dans la mesure

(1) Dans le même sens : Sinay, Vers un droit des groupes de sociétés, G.P. 1967-1 n° 13, 14, 15.

(2) F. Angleys, préc., p. 252.

(3) En réalité, ce fut essentiellement une préoccupation d'ordre politique qui présida à l'adoption de cette mesure. Il se disait que les sociétés françaises ayant des filiales en Israël risquaient d'être boycottées dans les Etats arabes si le nom de ces filiales venait à être publié.

(4) Bull. mens. C.O.B. n° 22.

où elles contrôlent elles-mêmes d'autres sociétés et font publiquement appel à l'épargne. Elle ne devrait être qu'une étape vers la présentation obligatoire de résultats consolidés (1).

§ 2. Publicité spéciale aux sociétés cotées.

Le législateur renforce la publicité des résultats à l'égard de deux types de sociétés : les sociétés par actions dont les titres sont inscrits à la cote officielle d'une bourse de valeurs (2) ; les autres sociétés qui présentent les caractères suivants, la moitié de leur capital appartient à une ou plusieurs sociétés par actions inscrites à une cote officielle et dont le bilan dépasse dix millions, leur propre bilan dépasse dix millions ou bien la valeur d'inventaire ou boursière de leur portefeuille excède un million (3). Elles se singularisent par l'obligation de publier en fin d'exercice des renseignements que les autres sociétés gardent à la disposition des intéressés. De plus, l'objectif poursuivi a été de donner en cours d'exercice une information sur l'évolution de leurs affaires sociales. Réglementées par les articles 294, 295, 296 et 297 du décret n° 67.236, ces dispositions ne constituent pas une nouveauté ; elles reprennent identiquement les termes du décret n° 65.999 du 29.11.1965 (4).

-
- (1) En 1974, sur 1425 sociétés soumises au contrôle de la C.O.B., seules 232 ont publié un bilan consolidé accompagné dans 184 cas d'un ou deux comptes de résultats consolidés. Soit respectivement 16 % et 12 % des sociétés considérées. Voir rapport C.O.B. 1974 p. 196. P. Delaisi, Les groupes de sociétés dans le droit français, G.P. 1971-2-363. Proposition de loi n° 55, annexée au P.V. de séance A.N. 12.4.1973, art.30.
- (2) Il suffit qu'une catégorie d'actions soit inscrite mais il faut que la cotation ait lieu en France. Rép. Dir. Trésor à A.N.S.A. 18.1.1966. Communication A.N.S.A. 1309, J.C.P. 1966 éd. C.I. 78403, J. Soc. 1966-44. Au 1.1.1974, le nombre des sociétés françaises cotées s'élevait à 1020.
- (3) 1151 sociétés en 1970, 1258 en 1971, 1302 en 1972, 1321 en 1973 et 1425 en 1974. Ne sont pas compris les sociétés de banque, les établissements financiers, les sociétés d'assurance, de réassurance, de capitalisation et de développement régional qui obéissent à des règles spéciales. Art. 299 al. 2 et s. décret 67.236.
- (4) R.T.D.Com. 1965-869 obs. Houin.

396

A/ Publicité des comptes annuels.

Les modalités de la publication des comptes annuels diffèrent selon que le bilan des sociétés concernées dépasse ou non dix millions de francs.

397

L'article 297 du décret de 1967 définit les obligations de celles dont le bilan n'excède pas cette somme (1). Aux termes de ce texte : "Toute société dont les actions sont inscrites à la cote officielle d'une bourse de valeurs et dont le bilan n'excède pas dix millions de francs doit adresser, dans un délai de quinze jours, à tout actionnaire qui lui en fait la demande, tels qu'ils ont été approuvés par la dernière assemblée générale : 1° le bilan conformément au modèle prévu par l'article 1 du décret précité du 28.10.1965 ; 2° le compte de pertes et profits faisant apparaître, notamment, le montant de l'impôt sur les sociétés afférent aux bénéfices de l'exercice. Les sociétés visées au présent article adressent dans les mêmes conditions, à tout actionnaire qui leur en fait la demande : 1° leur compte d'exploitation générale, faisant apparaître distinctement la valeur des stocks au début et à la fin de l'exercice ainsi que le montant des principales charges et des principaux produits d'exploitation ; 2° l'inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille à la clôture de l'exercice, établi dans les conditions prévues au 4° de l'article 294"(2).

398

Les autres sociétés doivent publier au B.A.L.O. dans les quarante-cinq jours qui suivent leur approbation par l'assemblée générale : 1° le bilan et ses annexes (3) ; 2° le compte d'exploitation générale de l'exercice écoulé faisant apparaître distinctement la valeur des stocks au début et à la fin de l'exercice ainsi que le montant des principales charges et

(1) 237 sociétés en 1969, 82 en 1970, 65 en 1971, 41 en 1972, 37 en 1973.

(2) L'énumération est limitative. Il a été jugé qu'elle n'inclut pas les procès-verbaux des assemblées. Com. 17.5.1965 D. 1965-821, Bull. n° 320 p. 291, J.C.P. 1965-4 somm. 89, rejette un pourvoi formé contre Paris 25.5.1963, J.C.P. 1963 éd. C.I. 72789, Rev. Soc. 1964-53, J. Soc. 1964-198, 1° esp., G.P. 1963-2 301. Dans le même sens : Pau 24.5.1961 R.T.D.Com. 1961-866 ; sur pourvoi, Crim. 4.7.1962, R.T.D.Com. 1963-331 D. 1963-96 note J.M.R., J.C.P. 1963-2-13321 note Colombet.

(3) Le texte initial de la loi ne mentionnait pas les annexes au bilan. Cette adjonction a été apportée par l'article 12 de l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 qui modifia l'article 485 de la loi du 24.7.1966.

des principaux produits d'exploitation et précisant, s'il y a lieu, le montant des dépenses de toute nature exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés ; 3° le compte de pertes et profits de l'exercice écoulé faisant apparaître, notamment, le montant de l'impôt sur les sociétés afférent aux bénéfices de cet exercice ; 4° l'inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille à la clôture du même exercice avec la mention pour chaque catégorie de valeurs, du nombre de titres et de leur valeur d'inventaire (1).

Chargée de surveiller l'accomplissement régulier de ces formalités, la C.O.B. ne cesse de déplorer leur application très imparfaite. Par exemple, en 1974 : 35 % des sociétés seulement ont respecté les délais légaux de publication ; 61 % des sociétés ont eu des retards et elles se sont même abstenues totalement dans 4 % des cas(2). La raison majeure de ces irrégularités réside dans les difficultés rencontrées par la direction des journaux officiels pour imprimer au cours de l'été la masse considérable de documents qui lui parviennent sur une courte période du fait de la concentration en mai et juin de la plupart des assemblées générales. Pour y remédier et accélérer l'information, la Commission a proposé au Gouvernement une modification des textes législatifs et réglementaires. En particulier, elle préconise la publication des comptes annuels avant l'assemblée (3). D'ailleurs, sans attendre que ce vœu soit exaucé officiellement, un certain nombre de sociétés ont pris l'initiative de publier au B.A.L.O. dès mars ou avril soit l'ensemble des documents prévus par les articles 294 et 295 du décret, soit une situation provisoire accompagnée des comptes de résultats ou de l'inventaire des valeurs mobilières en portefeuille. Après la tenue de leur assemblée, les sociétés n'ont plus qu'à insérer au B.A.L.O. une note rappelant la date de publication des documents et précisant que les comptes ont reçu l'approbation des actionnaires.

(1) Suivant l'arrêté ministériel du 21.3.1968, la société peut inscrire sur des lignes distinctes avec la seule indication de leur valeur d'inventaire globale par ligne mais sans désignation détaillée, l'ensemble : de leurs titres de placement et de leurs participations dont la valeur d'inventaire est inférieure à 100.000 francs par catégorie de titres ou par participation ; de leurs participations dans des sociétés immobilières dont les actions ne sont pas admises à la cote officielle des bourses de valeurs. J.O. 24.3.1968 p. 3044.

(2) Rapp. C.O.B. 1974 p. 191 ; note C.O.B. bull. mens. n° 48 ; question n° 8068, J.O., A.N., 23.3.1974 p. 1286, R.T.D.Com. 1974 - 117.

(3) Rapp. C.O.B., 1970 p. 96.

399

B/ Publicité en cours d'exercice du chiffre d'affaires et d'une situation provisoire du bilan.

Aux termes de l'article 296 du décret n° 67.236, toute société dont les actions sont inscrites à la cote officielle des bourses de valeurs et dont le bilan dépasse dix millions de francs est astreinte à des publications trimestrielles et semestrielles au B.A.L.O., relativement au chiffre d'affaires d'une part et à la situation provisoire du bilan d'autre part.

400

I - Publication trimestrielle du chiffre d'affaires.

Ces sociétés doivent publier dans les quarante-cinq jours qui suivent chacun des trimestres de l'exercice, l'indication du montant du chiffre d'affaires hors taxes du trimestre écoulé, le cas échéant de chacun des trimestres précédents de l'exercice en cours et de l'ensemble de cet exercice, ainsi que le rappel des indications correspondantes relatives à l'exercice antérieur (1). Les sociétés ayant plusieurs branches d'activité distinctes doivent publier le chiffre d'affaires correspondant à chaque branche d'activité avec les mêmes comparaisons pour chaque branche.

401

La mise en oeuvre de cette obligation a suscité des difficultés qui tiennent à l'imprécision de la notion de chiffre d'affaires. La seule définition légale qui résulte des articles 273 et 274 du code général des impôts ne vise que la détermination de l'assiette de l'impôt. Elle néglige par conséquent les différents aspects qui préoccupent l'économiste ou l'actionnaire, notamment la distinction entre les ventes ayant trait à l'exploitation de la société et les produits hors exploitation. A supposer l'accord réalisé sur ce point, il reste à identifier les diverses branches d'activité entre lesquelles se répartit le chiffre d'affaires.

Indépendamment de la solution de ce problème conceptuel, on doit s'interroger sur la valeur significative du chiffre d'affaires. Pour beaucoup de sociétés, les ventes et les facturations constituent un bon

(1) En 1974 : 84,3 % des sociétés assujetties ont satisfait à cette obligation ; 13,8 % des sociétés ont eu des retards ; dans 1,9 % des cas, les publications n'ont pas du tout été effectuées. Rapp. C.O.B., 1974, p. 193. Il est inquiétant de constater qu'au cours du dernier trimestre de 1975, 66 % des sociétés ont failli à leurs obligations, alors que pour la période correspondante de 1974 le chiffre n'atteignait que 30%. Rapport mensuel C.O.B. n° 77, p. 10.

baromètre de leur activité. Ce n'est pourtant pas toujours le cas. Par exemple, dans les secteurs des travaux publics, de la mécanique lourde, des constructions navales ou électriques, le rythme des facturations ne connaît pas une régularité identique à celle des industries de biens de grande consommation. Un chiffre d'affaires en dents de scie ne dépeint pas véritablement l'activité de l'entreprise dans le cadre annuel. De même, la publication par les sociétés holdings des revenus de leur portefeuille de participations reflète non pas l'activité présente du groupe mais les bénéfices distribués au titre de l'année passée. Enfin, toute comparaison est vaine si une fluctuation provoquée par une transformation des structures sociales ne s'accompagne pas de commentaires appropriés.

Toutes ces raisons ont amené la C.O.B. à intervenir. Par une circulaire du 30.12.1969 et un communiqué de mai 1972 (1), elle a précisé les modalités d'application des prescriptions réglementaires relatives à la publication trimestrielle du chiffre d'affaires.

Pour une période donnée, le chiffre d'affaires d'une société ne s'entend que du montant des affaires réalisées avec les tiers, dans l'exercice de ses activités professionnelles. Il s'agit d'une conception restrictive puisqu'elle exclut tous les produits accessoires dont beaucoup sont néanmoins étroitement liés à l'activité principale. Elle délaisse par ailleurs tant les produits financiers que le montant des travaux accomplis par l'entreprise pour elle-même.

Des règles particulières ont été ensuite prévues pour les sociétés dont l'activité est mal retracée par le concept de chiffre d'affaires ainsi défini. En application de l'article 296 du Décret n° 67.236, les sociétés qui ont pour objet la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières ou la location d'immeubles ainsi que les sociétés d'assurance, de réassurance et de capitalisation peuvent remplacer dans leurs publications, suivant les cas, la mention "chiffre d'affaires" par celle de "revenus du portefeuille", de "loyers acquis", ou de "primes émises ou acceptées", ou faire suivre la mention "chiffre d'affaires" par une ou plusieurs des indications précitées. Les sociétés qui estiment que l'activité est mal ou insuffisamment retracée par le chiffre d'affaires tel qu'il résulte de la

(1) Rev. Soc. 1970, 159 ; Rev. Soc. 1972-279 - Rapp. C.O.B. n° 63 p. 3 et s.

définition générale ou par un ou plusieurs des renseignements précités, font connaître par une note insérée au pied du tableau des résultats financiers ou de leur publication trimestrielle, la nature des produits pris en compte pour sa détermination. De même, les sociétés dont le rythme de facturation n'est pas régulier, peuvent substituer au chiffre d'affaires soit le montant des acomptes et autres règlements encaissés, soit le total des situations de travaux acceptées au cours de la période considérée.

La Commission demande, par ailleurs, aux sociétés d'assortir leurs publications de commentaires toutes les fois que cela apparaît utile pour la comparaison avec le chiffre de l'année ou des trimestres antérieurs (1). Ainsi, par exemple, lorsqu'une société a absorbé une autre entreprise ou a bénéficié d'apports partiels qui influent sensiblement sur le niveau ou la nature de son activité. Plus précisément, la société absorbante ou bénéficiaire des apports doit indiquer son chiffre d'affaires personnel avant l'opération de restructuration et celui de la ou des sociétés absorbées, et du ou des secteurs apportés pour les périodes précédentes. De façon générale, il importe de signaler tout événement intérieur ou extérieur à la société qui a provoqué une fluctuation importante de ses résultats ou les a maintenu dans des conditions exceptionnelles.

403

II - Publication semestrielle d'une situation provisoire du bilan

Dans les quatre mois qui suivent chacun des semestres de l'exercice, les sociétés précédemment définies sont également astreintes à publier une situation provisoire du bilan (2). Une dérogation profite aux entreprises qui ont une activité saisonnière. Elles peuvent être autorisées par le Ministre de l'économie et des finances à remplacer la situation provisoire du bilan arrêtée à la fin du premier semestre de l'exercice par une situation provisoire arrêtée à une date antérieure ou postérieure d'un mois au plus à celle de la fin du premier semestre, dans un délai n'excédant pas quatre mois à compter de la date retenue.

-
- (1) Au cours de l'année 1972, la C.O.B. a examiné le comportement d'entreprises qui avaient bénéficié récemment de fusions ou d'apports. Un tiers des sociétés concernées n'avaient pas assorti leurs publications du chiffre d'affaires de commentaires mentionnant que son développement était imputable en partie aux apports. D'une façon générale, une société sur vingt assortit la publication d'un commentaire. Rapp. C.O.B. 1974 p. 24.
- (2) En 1974 : 88,9 % des sociétés assujetties ont satisfait à cette obligation ; 9,1 % des sociétés ont eu des retards ; dans 2 % des cas, les publications n'ont pas du tout été effectuées. Rapp. C.O.B., 1974, p. 19. En 1975, le pourcentage général des sociétés qui ont assuré leurs publications a été de : 84,42 % - Rapport mensuel C.O.B. n° 76 p.9.

La mise en oeuvre de cette obligation a suscité autant de questions que la précédente (1). Une recommandation du comité d'études du financement des entreprises, constitué à l'initiative de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés a posé les principes qui doivent prévaloir à l'établissement de la situation provisoire (2). Les sociétés disposent d'une option : soit faire apparaître le résultat net de la période avec la possibilité de recourir à certaines approximations, soit indiquer un résultat avant amortissements, provisions et impôt. Mais la plupart d'entre elles n'ont pas suivi cet avis et publient un résultat sans le qualifier. En outre, la présentation retenue s'avère parfois trop résumée: ne comportant que quelques postes à l'actif et au passif, voire aucun poste de résultats. Il ne s'agit plus d'une situation provisoire du bilan au sens comptable. Cela ne correspond pas davantage au but recherché par le législateur qui avait souhaité qu'en cours d'exercice un état du patrimoine et des résultats de la société pût être rapproché de celui fourni six mois plus tôt et donnât une idée de celui qui apparaîtrait six mois après. Peu utilisable, le document publié risque même d'abuser l'actionnaire.

Du reste, il a été constaté que les défauts des résultats de milieu d'exercice handicapent particulièrement les sociétés françaises par rapport à leurs concurrentes allemandes ou anglo-saxonnes. La profonde dépression des cours enregistrée sur les principales valeurs nationales du secteur de la chimie et de la pharmacie en octobre et novembre 1971 a pu être attribuée ainsi à l'extrapolation faite par les professionnels, en l'absence d'informations précises fournies par les groupes français, à partir de renseignements publiés par les sociétés allemandes depuis plus d'un mois concernant les difficultés rencontrées dans leur secteur et les incidences chiffrées à en attendre sur les résultats. En conséquence, la C.O.B. a proposé au Gouvernement, dans le cadre de la réforme des textes sur l'information, de substituer un tableau semestriel de résultats à la situation provisoire du bilan (3). L'ordre des experts comptables a été invité à

(1) S. Doyen. La situation provisoire du bilan des sociétés dont les actions sont cotées en bourse et de celles dont le bilan dépasse dix millions de francs. G.P. 1970 - 242.

(2) Rapport C.O.B. 1970 p. 76.

(3) Rapport C.O.B. 1973 p. 90, Rev. Soc. 1970 - 376.

préparer ce projet en forme de liste dégageant plusieurs soldes intermédiaires - le total des produits, le résultat brut d'exploitation avant amortissements et provisions, le résultat d'exploitation - avant d'aboutir au résultat net du semestre. Par ailleurs, l'utilité de ce document étant d'indiquer des tendances dans l'évolution des résultats plutôt que des résultats rigoureusement chiffrés, sa publication pourrait être accélérée par le recours aux méthodes d'évaluation globale et de budgétisation utilisées pour le contrôle de la gestion.

404

Tant pour l'accomplissement des publications trimestrielles que semestrielles, des retards et défaillances sont constatés. Ceux-ci ne tiennent pas exclusivement aux difficultés rencontrées dans certains secteurs d'activité ou à l'éparpillement des divers centres d'exploitation des sociétés. On s'en convainc en constatant un pourcentage constant de ponctualité quel que soit le secteur envisagé et à l'intérieur de celui-ci quels que soient le degré de diversification de la production des sociétés et la dispersion géographique de leurs activités (1). Le fait ne surprend pas en ce qui concerne le chiffre d'affaires puisque chaque société doit en adresser à l'administration fiscale l'indication de son montant mensuel au plus tard le 24^e jour du mois suivant.

En réalité, tout dépend de l'organisation des services administratifs et comptables ainsi que de la volonté des dirigeants de satisfaire à leurs obligations. Une modification de l'état d'esprit des chefs d'entreprise apparaît d'autant plus souhaitable que la publication des renseignements intermédiaires revêt une grande importance. Elle permet aux actionnaires et aux investisseurs de suivre l'activité d'une société en cours d'exercice. Et puisque l'exemple des autres pays industriels démontre qu'on pourrait encore informer davantage : respecter la réglementation existante constitue donc un minimum.

On peut regretter enfin que cette information se fasse uniquement par le canal du B.A.L.O., ce qui la destine exclusivement en pratique aux analystes financiers, aux agents de change, à ceux qui font profession de gérer des portefeuilles de valeurs mobilières. Sa diffusion ra-

(1) Rapport C.O.B. 1970 p. 73.

pide par un bulletin spécialisé représente pour eux autant d'avantages qui s'érigent en obstacles pour les non-spécialistes. Certes, ces derniers doivent trouver justement chez les premiers l'information qu'ils n'ont pu exploiter personnellement. Faut-il s'en contenter ? Une solution fort simple consisterait à prévoir que le dépôt au registre du commerce devrait s'ajouter à la publicité par voie de journaux. De la même façon que tout intéressé a la possibilité de consulter au greffe les comptes annuels, il pourrait également y prendre connaissance de leur mise à jour.

Section 2 - Publicité occasionnelle.

Par la réforme de 1966, le législateur a manifesté le souci de favoriser le développement des moyens d'information. L'actionnaire se voit davantage associé à la vie sociale tandis que les tiers bénéficient d'une publicité des résultats accrue. Le but avoué était d'imprimer un nouvel essor au marché boursier conditionné pour une large part par la confiance que son bon fonctionnement inspire au public (1). La séduction de l'épargne commande en effet l'introduction dans le mécanisme de la bourse d'un minimum de rationalité. Si, au contraire, les investisseurs éventuels éprouvent le sentiment d'être confrontés à une série d'énigmes pour la solution desquelles règne sur le marché entre les opérateurs une inégalité au niveau de l'information, ils hésiteront à s'y exposer.

Bien des exemples peuvent être cités de situations où la connaissance de faits favorables ou défavorables, de nature à provoquer une modification de l'appréciation portée sur un titre, reste l'apanage de quelques uns avant de faire l'objet d'une information publique. Existe alors une période trouble qui, à la faveur de l'anonymat des transactions boursières, permet des opérations dolosives. Celui qui ne sait pas encore prendre une décision influencée par l'incertitude de toute anticipation complexe,

(1) Rapport au président de la République précédant l'ordonnance n° 67.833 du 28.9.1967 qui créa la C.O.B., D. 1967 législation 373.

tandis que celui qui sait déjà opère sans risque. Cette injustice mériterait à elle seule qu'il y soit remédié. L'intérêt du marché boursier le postule également. Cela concerne d'abord chaque société prise individuellement. Les épargnants ont à juste titre tendance à n'accorder leur confiance qu'aux sociétés "transparentes". Mais au-delà se trouve en jeu l'avenir de la bourse française dans son ensemble. Une inégalité persistante devant l'information ne peut que susciter la méfiance du public et le détourner de ce marché au profit d'autres qui offriraient de meilleures garanties.

406

Cette égalité ne peut être obtenue par la seule application des dispositions relatives à la publication par les sociétés de leurs comptes. Il faut la compléter par une information occasionnelle (1). Celle-ci consiste à porter à la connaissance du public tout événement de la vie d'une entreprise susceptible d'avoir une répercussion sur les cours de bourse, aussitôt que le secret n'est plus indispensable ou dès qu'apparaît le risque de voir quelques personnes tirer avantage de renseignements jusque là confidentiels (2). Les marchés financiers les plus attractifs, ceux de New York et Londres, pratiquent ce type d'information selon des règles assez précises. Les sociétés anglaises cotées y sont tenues en vertu d'un engagement signé avec le "Stock Exchange", et leurs homologues américaines par les prescriptions de la S.E.C.. La concurrence internationale en matière de mouvements de capitaux contraint à examiner les règles anglo-saxonnes et à s'en inspirer.

407

La loi de 1966 l'ignore pourtant. Heureusement, la C.O.B. tend à l'imposer dans la pratique du droit des sociétés. Pour y parvenir, la Commission use d'abord de persuasion. Elle entend convaincre les sociétés des avantages à retirer de l'information occasionnelle. Le plus souvent, l'adhésion est spontanée. Le recours à la contrainte se limite à des situations marginales. Ainsi, la Commission intervient pour obtenir une information ou un complément d'information destiné à clarifier une ambiguïté qu'engendrent des renseignements partiels dont le caractère elliptique ren-

(1) Dorat des Monts, L'information des actionnaires et du public. J.C.P. 1971 éd. C.I. 10163.

(2) Communiqué C.O.B. sept. 1970, J.C.P. éd. C.I. 89243.

droit difficile leur interprétation par les actionnaires ou le public (1) ; ou, à l'occasion de la publication de résultats, elle sollicite des commentaires lorsque se produit une rupture avec l'évolution antérieure ; ou, s'agissant des comptes d'une filiale, elle demande des précisions relatives aux répercussions éventuelles de ceux-ci sur le cours des titres de la société mère. Dans quelques cas, elle a pourtant constaté qu'une nouvelle importante pour l'appréciation de la valeur des actions d'une société avait été gardée à l'insu du public pendant quelque temps, sans aucun motif valable, alors que le nombre des personnes connaissant les faits était relativement étendu (2).

408

La publicité occasionnelle ainsi présentée se prête à une double analyse. Elle comporte un aspect positif : l'obligation enjointe aux sociétés de respecter les prescriptions de la C.O.B., c'est-à-dire assurer l'égalité des chances sur le marché boursier par l'égalité devant l'information. Envisagée d'un point de vue négatif, elle interdit aux personnes qui disposent d'informations privilégiées sur la marche de la société de rompre l'égalité en se livrant à des opérations sur les titres de celle-ci. A cet effet, ceux que la pratique qualifie d'initiés sont astreints à certaines sujétions propres à permettre le contrôle des transactions auxquelles ils se livreraient et éviter qu'ils n'en tirent profit (3).

Ces deux préoccupations ont été ressenties et exprimées au plan communautaire. Le rapport Segré considère comme l'un des objectifs de la Communauté économique européenne d'assurer que toutes les personnes effectuant une opération de bourse soient sur un pied d'égalité. A ce titre, il pose comme un principe fondamental que "les restrictions qui seraient imposées à la liberté d'action de ces administrateurs ou dirigeants, devraient essentiellement viser à empêcher que ceux-ci ne puissent se servir

(1) Bull. mensuel C.O.B. n° 35, p. 14.

(2) Bull. mensuel C.O.B. n° 48 avril 1973.

(3) P. Le Tourneau, Les actions des dirigeants initiés des sociétés par actions, R.T.D.Com. 1971 p. 593 à 616 ; M. Puech, La Commission des opérations de bourse et la surveillance du marché boursier au regard du droit pénal ; in Mélanges Bastian, 1974, 1° vol. p. 211 et s., spécialement p. 218 et s. ; M. Vasseur, La C.O.B., Rev. Banque 1969 p. 83, spécialement p. 89 ; Boitard, La C.O.B., J.C.P. 1968-1-2161.

d'informations dont ils auraient eu connaissance de par leurs fonctions pour réaliser à leur propre avantage des opérations sur les titres de la société, avant que ces informations ne soient devenues du domaine public".
(1)

409 § 1. L'exemple des droits anglo-saxons.

Les Etats-Unis et la Grande-Bretagne font figure de précurseurs en la matière. La C.O.B. s'est inspirée de leur expérience. Cela justifie que l'on y fasse référence en préliminaire.

410 A/ Les Etats-Unis.

Les règles concernant l'information occasionnelle aux Etats-Unis ont été édictées à la fois par la S.E.C. et par les différentes bourses de valeurs (2). Elles établissent des obligations à un double niveau : à l'égard des sociétés ; envers les dirigeants, lors des transactions sur les titres.

411 I - L'obligation d'informer pesant sur les sociétés.

La S.E.C. a prévu que les sociétés doivent lui adresser un rapport mensuel chaque fois que des faits importants se sont produits pendant le mois précédent. Ce rapport est ensuite porté à la connaissance du public. Donnent lieu ainsi à publicité les événements suivants : le changement de contrôle de la société ; l'acquisition, la réévaluation ou la vente d'actifs ; les procès intentés ; toute modification dans la garantie des actions ; tout retard dans le paiement du dividende ou toute option sur achat de titres.

-
- (1) Commission de la C.E.E., Le développement d'un marché européen des capitaux. Bruxelles 1966 p. 262.
(2) Tunc, Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis, R.T.D.Com. 1952 p. 255 et 509 ; J.L. Moulin, La réglementation du marché boursier aux Etats-Unis d'Amérique, thèse Lyon, dactyl. 1967.

Récemment, une action systématique a même été entreprise pour faire connaître les incidences de la conjoncture sur l'activité de chaque société. Dans son quotidien, "S.E.C. News Digest" du 20.12.1973, la S.E.C. a demandé aux sociétés américaines d'informer rapidement le public des effets immédiats ou potentiels, favorables ou défavorables, qu'une pénurie éventuelle de pétrole pourrait avoir sur leur exploitation courante : "En raison des effets que la pénurie possible de pétrole peut avoir sur les opérations des sociétés inscrites à la cote et assujetties aux dispositions légales sur les publications obligatoires, la S.E.C. réaffirme aujourd'hui l'importance qu'elle attache à ce que ces sociétés informent promptement et de façon précise les détenteurs de leurs valeurs et les investisseurs de toute nouvelle, favorable ou défavorable. La Commission reconnaît qu'il peut être impossible de déterminer dès à présent l'ampleur de l'effet produit sur des industries ou des émetteurs donnés par la pénurie éventuelle de combustibles et d'énergie de toute sorte. Elle n'est donc pas en mesure de publier les directives à suivre pour la rédaction de notes d'information soumises à son visa. Toutefois, la Commission insiste sur le fait qu'en vertu de la législation concernant les valeurs mobilières, la responsabilité de fournir des renseignements complets et équitables dans les documents remis à la Commission revient aux émetteurs. Ceux-ci sont donc tenus de considérer soigneusement l'effet produit par d'éventuels manques de combustibles sur leurs centres d'exploitation. Une particulière attention doit être apportée à des questions telles que les hausses de coût ou un possible ralentissement de l'exploitation. De plus, sans parler de l'obligation légale de l'émetteur de se conformer aux règles de l'inscription à la cote et de l'information des actionnaires, tout fait important concernant l'exploitation de l'émetteur est à rendre public de façon complète et avec promptitude" (1).

Mais ce sont bien plutôt les autorités boursières qui jouent en ce domaine un rôle primordial. Elles exigent que tout événement important soit porté à la connaissance du public dans un délai maximum de trois jours

(1) Cité dans : Bull. mens. C.O.B., décembre 1973 n° 55, p. 7 ; Bull. annuel 1973, p. 116.

à compter de sa survenance. Justifient un communiqué les circonstances suivantes : le montant du bénéfice trimestriel, une fusion ou une acquisition de société, un changement de contrôle ou un changement significatif dans la direction, l'acquisition ou la perte d'un contrat majeur, la mise au point d'un nouveau produit.

Les sociétés cotées prennent l'engagement d'appliquer cette règle ainsi que de dissiper par un communiqué immédiat les rumeurs dénuées de fondement qui peuvent avoir pour effet un développement anormal du volume des transactions ou des variations de cours.

La mise en oeuvre de cette politique d'information active repose sur une organisation adéquate des rapports entre la société et les autorités boursières. Toute société cotée a pour correspondant permanent un agent des services du Stock Exchange appelé "Listing representative". Celui-ci peut à tout moment joindre un membre de la direction de la société désigné spécialement à cet effet et habilité à répondre à ses questions. Ainsi, lorsqu'au cours d'une séance de bourse, des variations anormales du montant des transactions ou du niveau des cours sont constatées, le service du Stock Exchange chargé de surveiller le bon fonctionnement du marché suspend la cotation et en avise immédiatement le "listing representative" qui interroge la société. Pour que la cotation puisse reprendre, il faut que la société publie un communiqué ou donne l'assurance qu'il n'y a pas à sa connaissance d'informations privilégiées.

413

II - L'information occasionnelle au niveau des rapports entre dirigeants et épargnants lors des transactions sur les valeurs mobilières.

L'information occasionnelle ne se situe pas uniquement à un niveau général. Elle se manifeste aussi dans les relations qui s'établissent entre dirigeants et épargnants lorsqu'ils contractent ensemble sur le marché des valeurs mobilières (1).

(1) Thèse J. Chamboulive, La direction des sociétés par actions aux Etats-Unis d'Amérique, Paris, 1964, n° 151 et s., p. 109 et s. ; Louis Loss, Le concept de fiducie appliqué aux opérations des dirigeants sur les titres de leur société dans le droit des Etats-Unis. Rev. internationale de droit comparé, 1969 p. 743 à 762.

La question s'est posée de la façon suivante. Un administrateur doit-il ou non révéler les faits de nature à exercer une grande influence sur la valeur des actions qui doivent faire l'objet d'une transaction qu'il projette ? Les principes généraux du droit conduiraient à répondre négativement. Mais cette solution libérale aurait pour résultat de permettre à des dirigeants peu scrupuleux de profiter de leurs fonctions pour se livrer à des spéculations au détriment de contreparties trop confiantes. Elle est combattue très vivement par la jurisprudence qui estime que dans toutes les transactions entre administrateurs et actionnaires ayant trait à l'achat ou à la vente de titres de la société ou de ses filiales, existe une relation fiduciaire entre les parties. De ce fait, le dirigeant a l'obligation de révéler à son cocontractant tout ce qui risque d'affecter d'une manière ou d'une autre la valeur des titres (1).

Se démarquant de cette conception radicale que retient une partie des tribunaux, une seconde thèse a vu le jour aux fins de contraindre les administrateurs, officers et plus généralement les insiders, c'est-à-dire tous les initiés (2), à informer des faits en question lorsqu'existent des circonstances spéciales telles que, par exemple, l'imminence d'une fusion, la vente d'une partie de l'actif, la conclusion d'un contrat particulièrement avantageux, la reprise de la distribution de dividendes. Dans ces divers cas, il importe que les dirigeants, censés défendre et représenter les associés collectivement, fassent l'annonce des bénéfices de gains à escompter. La solution a été reprise par la règle X - 10 (b) de la S.E.C. qui permet à toute personne qui a vendu des titres à un prix trop bas d'obtenir des dommages intérêts si l'acquéreur est un insider ou un membre de sa famille qui s'est bien gardé de révéler à son cocontractant des faits importants qui auraient été susceptibles de modifier la décision de ce dernier.

Mais en réalité, la portée de cette réglementation est réduite. Elle intéresse surtout les sociétés dont les titres ne sont pas cotés en

(1) L'article 12 § 2 de la loi de 1933 disposait déjà généralement que : "Toute personne qui offre ou vend un titre en donnant des informations fausses ou en omettant d'indiquer des faits importants est responsable à l'égard de la personne qui lui achète le titre". Citation - Chamboulive, thèse préc. p. 110.

(2) Loss, préc., p. 756.

bourse parce que dans le cas contraire les transactions s'effectuent par le truchement d'intermédiaires agréés tenus au secret professionnel. Or l'actionnaire doit établir l'identité de son acquéreur ce qui s'avère ici très difficile.

414

B/ La Grande-Bretagne.

En Grande-Bretagne, toute société dont les titres sont cotés en bourse est engagée par contrat avec le Stock Exchange à faire connaître immédiatement les faits indispensables à l'estimation de ses valeurs. Le contrat précise ce qu'il faut entendre par faits importants. Parmi ceux-ci figurent : le montant du dividende proposé à l'assemblée générale et du bénéfice semestriel ou trimestriel ; tout changement dans la structure du capital ; toute acquisition ou réalisation importante d'actifs ; une modification dans la direction ou dans l'activité de la société.

Le règlement du Stock Exchange indique, ici encore, que l'objectif consiste à éviter toute critique de la part d'actionnaires qui auraient réalisé une transaction dans l'ignorance d'une information essentielle. Certes, on se heurte à l'impossibilité d'assurer que tout intéressé puisse recevoir l'information au même instant. Du moins convient-il de tendre à ce résultat. La société doit prendre toutes mesures utiles pour que le plus grand nombre possible en bénéficient de telle sorte que ne puisse avoir lieu aucune transaction pour laquelle un partenaire ou son agent serait seul en possession d'un renseignement.

415

§ 2. L'action de la C.O.B.

La diversité et la fréquence des cas où l'information occasionnelle est requise rend difficile toute définition de principes généraux propres à la gouverner. En revanche, son succès dépend beaucoup des personnes chargées de la mettre en oeuvre. Elle suppose que les dirigeants des sociétés soient convaincus de sa nécessité tant pour le bon fonctionnement du marché que pour le renom de leur entreprise.

A/ Les principes gouvernant l'information occasionnelle en France.

La variation de tout élément qui entre dans l'appréciation de la valeur d'un titre pouvant donner lieu à information occasionnelle, il est impossible de dresser une liste exhaustive des cas où elle doit être pratiquée. Quelques situations types peuvent être seulement énumérées :

- événement technique telle que la découverte d'un gisement prometteur lors d'une campagne de sondages, ou la mise au point d'un procédé de fabrication révolutionnaire par rapport à celui des concurrents ;
- événement accidentel, tel qu'un grave incendie touchant un établissement important pour la création du bénéfice de l'entreprise ou insuffisamment assuré ;
- dans le domaine commercial, obtention d'un marché assurant à l'entreprise pendant plusieurs années un surcroît notable d'activité, ou conclusion d'un important contrat de représentation avec une firme étrangère transformant les chances de développement, ou, en sens inverse, résiliation d'un marché important sans perspective d'indemnisation ;
- accords de coopération en matière de recherche, de production ou de commercialisation passés avec des entreprises françaises ou étrangères ; création avec elles de filiales communes ; prises ou cessions de participations importantes (1) ;
- projet de modification des structures ; réorganisation interne de la société ou de son groupe ; orientations nouvelles de l'activité sociale ;
- événements de caractère financier tels que la détermination des résultats ou du dividende surtout lorsqu'ils marquent une rupture de l'évolution antérieure, réalisation de plus-values, cautions et avances importantes consenties à d'autres sociétés ;
- raisons de la convocation tardive ou du report d'une assemblée générale, retard dans l'accomplissement d'une publication périodique ; procédure tendant à la nomination d'un administrateur provisoire.

Le domaine de l'information occasionnelle apparaît donc particulièrement vaste. Il l'est d'autant plus qu'elle ne se borne pas à rendre

(1) Affaire de la société Astral, rapport mensuel C.O.B. n° 9 p. 10 -
Affaire Socantar - ERAP communiqué de la C.O.B. du 4.2.1970, bulletin
n° 13 p. 8.

compte des événements précités en tant qu'ils affectent directement une société cotée mais s'étend encore à ceux qui concernent les filiales non cotées de celle-ci dans la mesure où ils risquent de retentir notablement sur la situation, les résultats ou les perspectives d'avenir de la société mère. Il peut même arriver que l'origine de l'événement se situe en dehors de la société ou de l'une de ses filiales. La responsabilité première de l'information incombe alors aux auteurs de l'événement. Toutefois, dans le cas de carence de l'initiateur, il est indispensable que la société s'y substitue. Une attitude passive ne saurait être excusée par la circonstance que la société subit une situation.

417

Il appartient aux dirigeants de déterminer le moment le plus opportun pour dispenser l'information. Leur liberté disparaît seulement dans le cas où l'information a filtré. Elle doit alors devenir publique immédiatement. Telle est en effet la règle d'or énoncée par la C.O.B. : "tout événement susceptible d'avoir une répercussion sur le cours de l'action doit devenir totalement public dès qu'il ne doit ou ne peut plus rester complètement secret" (1). Le principe comporte néanmoins une limite. Pendant les heures de bourse, il convient de s'abstenir de divulguer des faits nouveaux car l'instantanéité de la diffusion ne pourrait pas être obtenue.

Le caractère total de la publicité vise essentiellement l'étendue du public à informer. Il n'englobe pas nécessairement l'intégralité des faits en raison de la contradiction possible entre la rapidité et la précision de l'information. Un exemple illustre fréquemment ce propos : la négociation d'accords de fusions ou d'apports. Les sociétés soutiennent d'habitude que rien ne peut être dévoilé tant que tout n'est pas conclu. Ce point de vue suppose que les sociétés concernées soient capables de préserver le secret. Sinon, une information est indispensable. Mais quel doit en être l'objet ? Il est hors de question d'exiger que les parties dévoilent leurs intentions les plus secrètes sur des questions controversées. Cependant, si les sociétés n'en divulguent pas assez, elles s'exposent aux critiques. Par ailleurs, chacun des partenaires, quel que soit son souci de renseigner le public, peut craindre de donner une indication qui lui sera

(1) Rapp. C.O.B. 1970, p. 93.

reprochée par l'autre et compromettrait l'opération en cours. Les contours de l'information doivent être précisés cas par cas (1).

418

Libres en principe de décider du moment de l'information, les dirigeants le demeurent quant au choix du mode de publicité. Une invitation à la presse financière, une conférence, une note d'information ou un communiqué peuvent apparaître tour à tour les mieux appropriés. Quel que soit le moyen utilisé, atteindre l'objectif de l'information occasionnelle requiert la réunion de plusieurs qualités.

L'information doit être officielle, c'est-à-dire émaner de la société. Ce principe condamne la pratique qui consiste à laisser filtrer les renseignements grâce à des indiscretions calculées confiées à des journalistes ou à des professionnels. En effet, la méthode favorise trop ces derniers parce que seuls capables d'apprécier le sérieux de la source et donc la vraisemblance de ce qui transpire. Cela ne doit diminuer en rien le rôle des journalistes dont les explications ou commentaires s'avèrent souvent précieux. Mais il est essentiel que le public sache ce qui provient de la société et ce qui est ajouté par les commentateurs. Par ailleurs, la règle ainsi énoncée ne signifie pas l'interdiction absolue de transgresser un monopole qui aurait été reconnu aux sociétés pour leur propre compte. Pour diverses raisons, des organismes publics ou professionnels interviennent quelquefois. Ainsi, le 16 juin 1972, lors de la hausse des cours de la société sucrière centrale de Cambrai, à l'occasion du désaccord entre les administrateurs de celle-ci et la société Beghin qui avait lancé une O.P.A. sur ses titres, un communiqué de la C.O.B. fit le point de la situation. Ou encore, à la suite de rumeurs qui avaient provoqué une hausse des titres Gervais Danone et B.S.N., la Chambre syndicale des agents de change diffusa le 7.12.1972 un communiqué indiquant : d'une part qu'elle

(1) Une difficulté du même ordre apparaît quand la question sur laquelle il faut informer requiert une décision ou une autorisation des pouvoirs publics. Les sociétés estiment généralement qu'elles indisposeraient ces derniers en divulguant des projets dont la réalisation dépend de l'administration. La C.O.B. réfute cette conception. Si une information doit être donnée parce que notamment les faits s'ébruient, les sociétés sont tenues d'y procéder. En prenant la précaution de préciser la portée des interventions administratives requises, les sociétés ne risquent ni d'égarer le public, ni de porter atteinte au libre arbitre des pouvoirs publics. Contra : Dorat des Monts préc. n° 47.

était informée de l'imminence d'un rapprochement entre les deux sociétés, que les instances compétentes de celles-ci se réuniraient le lendemain et préciseraient alors la réalité et les modalités exactes de l'opération envisagée ; d'autre part, qu'elle avait décidé de suspendre, en attendant, la cotation des actions des deux groupes.

En second lieu, l'information occasionnelle doit être exacte et objective. Le plus grand soin s'impose dans la rédaction de la communication pour éviter, soit de conférer à l'événement relaté une portée autre que celle qu'il a en réalité, soit de suggérer des conclusions fausses tout en ne mentionnant que des faits exacts. Qu'elle se contente de la présentation claire des faits. Si nécessaire, que des commentaires les replacent dans le cadre d'une suite d'événements que ne peuvent se rappeler ceux qui ne les vivent pas, sans viser un résultat déterminé. C'est au public qu'il revient d'en déduire les conséquences sur le plan boursier.

Enfin, pour parvenir à son but, l'information occasionnelle doit utiliser des supports adéquats susceptibles de toucher rapidement un vaste public. Des difficultés s'élevèrent en pratique à l'occasion de conférences de presse tenues à l'intention d'analystes financiers. Ces derniers souhaitent fréquemment compléter l'information dont ils disposent par des contacts directs avec les représentants qualifiés des sociétés. Excellentes en elles-mêmes, ces rencontres ne doivent pourtant pas avoir pour résultat de privilégier ceux qui y participent. Or, compte tenu des délais d'impression des journaux, il peut exister un décalage entre le moment où les mandants des analystes sont en mesure d'agir sur le marché et celui où les ordres des actionnaires informés par la presse reçoivent exécution. Pour l'éviter, des précautions spéciales sont requises pour parvenir à une concomitance dans la divulgation (1).

419

B/ Les facteurs personnels d'une bonne information occasionnelle.

L'efficacité de l'information occasionnelle ne peut dépendre de la valeur des règles qui la régissent puisque sa nature est rétive à tout essai de systématisation. Elle procède bien plutôt de la volonté des assujettis d'en respecter l'esprit. Cette observation ne fait que rejoin-

(1) Bulletin C.O.B., janvier 1971.

dre le principe fondamental qu'affirme depuis plusieurs années la C.O.B. à l'endroit de l'information en général mais qui se vérifie encore davantage ici : "Mais des textes, seraient-ils d'aventure parfaits, ne se substitueront jamais à la volonté propre des intéressés et sont peu efficaces contre elle. L'obéissance à une prescription ne fera jamais aussi bien que l'initiative de celui qui, connaissant réellement une situation, a le ferme propos de la faire connaître clairement dans sa vérité. Plus importants que le perfectionnement des textes, aussi nécessaires que la prévention des abus par la surveillance, sont l'encouragement des bonnes volontés nettement affirmées et l'impulsion donnée à ceux qui sont plus lents à s'engager dans la même voie" (1).

Dans les principaux pays industriels occidentaux, les dirigeants reconnaissent de plus en plus l'intérêt de pratiquer une large politique d'information. Ils ne la considèrent plus comme une contrainte inévitable et gênante. Ils estiment que si elle est sincère et complète, même dans les années difficiles, elle porte à la longue ses fruits en créant la confiance. Hélas, cette conception est loin d'être générale. Il est encore trop fréquent de n'apprendre que plusieurs mois ou un an après sa survenance tel événement qui a infléchi profondément la marche de l'entreprise. Souvent, l'actionnaire en prend connaissance à la lecture du rapport annuel. La C.O.B. a d'ailleurs observé avec regret qu'à différentes reprises, en 1974, des journaux américains ou britanniques ont annoncé une opération concernant un groupe français plusieurs semaines avant la presse française (2).

Outre une bonne volonté, l'information occasionnelle exige réflexion et rigueur. Le domaine des recherches pétrolières illustre cependant les difficultés à surmonter pour qu'il soit permis à un épargnant d'évaluer raisonnablement la portée économique et financière d'une découverte. L'activité de recherches de nappes pétrolifères est permanente. Toute nouvelle la concernant s'inscrit dans une suite d'événements relatifs à d'autres forages déjà effectués et dont les résultats se recoupent. Il s'avère souvent délicat et parfois impossible de mesurer rapidement et avec précision la qualité et les possibilités du gisement découvert. De surcroît, dans la plupart des cas, la prospection est réalisée à l'étranger conjointement avec d'autres compagnies et groupes. L'information officielle en provenance de la société peut donc interférer avec des indications dif-

(1) Rapp. C.O.B. 1968, p. 31-32.

(2) Rapp. 1974 p. 40.

fuses, incomplètes ou même erronées, d'origine difficilement contrôlable, en même temps qu'elle risque de se heurter à des problèmes de relations internationales.

En dépit des embûches de toutes sortes, le devoir impérieux d'informer ne saurait pour autant être neutralisé par un excès de prudence. Lenteur, ambiguïté, réserve dénotent une méconnaissance des besoins d'information aussi néfaste pour l'image de marque de la société et l'intérêt que l'épargnant peut lui porter, que le serait le souci de tenir le plus longtemps possible le personnel dans l'ignorance des décisions ou projets ayant pour lui des conséquences importantes, immédiates ou plus lointaines.

421

Dans le courant de l'année 1972, la C.O.B. a parfaitement mis en évidence cette attitude grâce à un examen systématique, hebdomadaire et mensuel des variations de cours et de leurs relations avec l'information. Son but consistait à mieux analyser les causes de la lenteur des progrès de l'information occasionnelle en France. Il est apparu qu'en face d'une variation importante de la cotation, les dirigeants de sociétés adoptent trois types de comportement.

Le plus souvent, les dirigeants semblent étonnés comme pourrait l'être un observateur étranger à la marche de leurs affaires. A les entendre, il s'agit pour eux d'un phénomène qui, non seulement échappe à leur contrôle mais encore serait inhérent à la nature des choses. Ils considèrent que la société n'a guère à se préoccuper des influences diverses, fréquemment irrationnelles qui affectent le marché boursier.

D'autres responsables sociaux se montrent moins fatalistes. Si spontanément ils ne recherchent pas le lien unissant une variation de cours et l'information, en revanche, lorsqu'à la suite d'une intervention de la Commission ils prennent conscience de l'utilité de renseigner le marché, ils publient les informations à leur disposition. Ce comportement ne satisfait pas toutefois entièrement en raison de son caractère tardif.

Enfin, un certain nombre de dirigeants portent dans des délais très courts à la connaissance du marché les événements importants qui affectent leur société mais sans toujours permettre au public d'en comprendre les raisons et la portée exacte. Cette dernière réaction a été notamment

constatée à des degrés variables suivant les parties en cause lors du conflit qui a opposé en mai et juin 1972 les groupes La Paternelle, Suez et Banque d'Indochine à propos d'un différend survenu au sein du conseil d'administration des Assurances du groupe de Paris (A.G.P.). Incontestablement, l'information donnée par les trois groupes fut abondante et rapide et contribua à rasséréner le marché. Le 18 mai, le conseil d'administration des A.G.P. décidait de retirer son mandat au directeur général appartenant au groupe La Paternelle. Le 23 mai, celui-ci acquérait en bourse 120.000 actions de la Banque d'Indochine ; enfin, les grandes lignes de l'accord intervenu le 23 juin entre les parties intéressées ont fait l'objet de communiqués immédiats. Mais tous ces textes, sauf un, ont fourni peu de précisions. Soit qu'ils aient indiqué pour unique motif de la décision : "de graves divergences de vues", soit qu'ils aient présenté les modalités principales de l'accord sans fournir d'indications sur le nombre et la valeur des titres échangés entre les différents partenaires. Seule la note d'information publiée par la Banque d'Indochine pour l'émission obligataire qu'elle lança en novembre contenait un chiffre à ce sujet, la C.O.B. l'ayant demandé expressément. Enfin malgré leur importance, les frais des opérations engagées ne furent aucunement divulgués.

T R O I S I E M E P A R T I E

LES SANCTIONS DE LA PUBLICITE

Selon la thèse du positivisme juridique, il n'y a pas d'obligation sans sanction, ou plus exactement, l'obligation juridique se définit par la prévision d'une sanction juridiquement organisée (1). Sans aller jusqu'à souscrire inconditionnellement à l'affirmation, nul ne peut nier l'importance pratique capitale que revêt la sanction dans le fonctionnement de l'ordre juridique. Par la menace qu'elle représente, elle assure le respect effectif du droit, tant il est vrai que dans la généralité des cas la soumission spontanée reste illusoire si dans le même temps la certitude existe de pouvoir échapper sans risque à la règle. L'histoire du droit des sociétés en témoigne par la résistance opposée à l'information légale. Le secret des affaires éprouva la plus grande peine à s'effacer devant la volonté du législateur d'accroître le domaine de la publicité.

La loi du 24.7.1867 prévoyait deux sanctions : la nullité et la responsabilité. La première atteint l'objet de la formalité. La seconde s'exerce contre son auteur. Celle-ci a été maintenue sans changement. L'autre a été précisée, sans doute parce que l'effectivité d'une réglementation tient à sa justesse. Est-elle trop rigoureuse, les tribunaux répugnent à l'appliquer ; est-elle trop lâche, les dirigeants l'ignorent. Le problème consiste donc à prévoir un éventail de mesures si bien adaptées, qu'aucune irrégularité ne demeure impunie. Aussi à la seule nullité qui emporte destruction d'un acte, le droit a ajouté d'autres sanctions moins brutales. Elles visent simplement à priver l'acte ou le fait de certains de ses effets.

(1) Kelsen. Théorie pure du droit 1962, 2° éd. p. 68 et s.

TITRE PREMIER : L'EFFICACITE OU L'INEFFICACITE D'UN ACTE OU D'UN FAIT.

L'efficacité ou l'inefficacité d'un acte ou d'un fait en raison de l'observation des prescriptions légales en matière de publicité ou de leur accomplissement irrégulier, se manifeste sous diverses formes. Elle est d'abord susceptible d'affecter l'existence d'un attribut essentiel de la société : la jouissance de la personnalité morale. Ailleurs, elle sanctionne les actes ou faits : d'une façon totale par la nullité ; de manière partielle par l'inopposabilité.

CHAPITRE I - LA JOUISSANCE DE LA PERSONNALITE MORALE.

425

Le législateur, en 1966, a lié l'accomplissement d'une formalité de publicité - l'immatriculation au registre du commerce - et l'acquisition de la personnalité morale. L'innovation est d'importance car la jurisprudence antérieure avait toujours refusé cette corrélation. La question de la détermination du régime juridique de la société en l'absence de publicité et donc de personnalité morale revêt en conséquence un intérêt tout particulier.

426

Section 1 - Le lien entre la personnalité morale et l'immatriculation au registre du commerce.

L'immatriculation au registre du commerce demeure dans le régime nouveau du droit des sociétés une mesure de publicité. Mais en plus, depuis la réforme de 1966, elle confère à la société la jouissance de la personnalité morale. Une référence à l'état du droit antérieur doit permettre de mesurer les conséquences d'un tel changement.

427

§ 1. L'état du droit antérieur : l'indépendance entre les deux notions.

Jusqu'à la loi du 24.7.1966, la société commerciale ou civile était un contrat qui donnait naissance à une personne morale, soit dès le jour de la signature de l'acte ou, pour les sociétés par actions, dès l'accomplissement de la dernière formalité constitutive, sans que fussent effectuées les formalités de publicité.

L'affirmation s'était imposée avec peine. On lui avait opposé le fait qu'un certain type de société commerciale - l'association en participation - ne jouissait pas de la personnalité juridique, or, précisément,

il échappait à toute publicité. Cette dernière circonstance était même l'argument décisif invoqué pour nier la personnalité morale des sociétés civiles jusqu'à ce que l'arrêt de principe de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 23.2.1891 lui apportât un démenti (1). L'indépendance de la personnalité morale et de la publicité fut ensuite reconnue expressément en ce qui concerne les sociétés commerciales lorsqu'il fut décidé : qu'une "société de commerce dont la formation n'a pas reçu la publicité prescrite par la loi n'est pas inexistante en droit, qu'elle est seulement entachée de nullité relative" (2). Ce faisant, contrairement à de nombreuses législations étrangères, le droit français s'appuyait sur une conception particulièrement extensive de la personnalité morale. Celle-ci, selon la Cour de cassation : "n'est pas une création de la loi ;(qu') elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés" (3). L'opinion reçut l'approbation de Lescot qui voyait dans la publicité des sociétés commerciales une formalité de fonctionnement et non pas de constitution (4) : elle constituait un acte de naissance sans incidence sur la validité de la société (5).

En vérité, si la société existait déjà en tant que personne morale avant l'accomplissement de la publicité, les associés ne pouvaient l'opposer aux tiers si la publicité n'intervenait pas ensuite (6). Seuls les tiers avaient la possibilité de s'en prévaloir, avec cette réserve que dans le cas de conflit entre créanciers sociaux et créanciers personnels,

(1) S. 1892-1-73 note Meynial ; D.P. 1891-1-337.

(2) Req. 5-7-1900 D.P. 1902-1-89 ; S. 1904-1-190.

(3) Civ. 28.1.1954 D. 1954-217 note Levasseur, J.C.P. 1954-2-7978 concl. Lemoine ; G. Lagarde, Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? Mélanges Jauffret 1974-429 ; J. Hamel, La personnalité morale et ses limites. D. 1949-141.

(4) Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé. Paris 1913 p. 85. Contra : Thaller et Pic, tome 1, n° 187 : "Le législateur moderne a entendu subordonner à l'observation des formalités de publication la validité même des sociétés commerciales au regard des tiers".

(5) Escarra et Rault, traité, 1950, tome 1 n° 44 p. 63 ; P. Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, in Etudes Ripert, 1950 p. 138 et s.

(6) C. Champaud, R.T.D.Com. 1967 p. 175.

l'option des seconds prévalait. Par ailleurs, alors que sans acte de naissance une personne physique existe, une société commerciale était nulle. Entre sa constitution et la publicité, la personne morale jouissait d'une existence conditionnelle qui pouvait être consolidée ou anéantie rétro-activement (1).

§ 2. Les solutions actuelles.

Dans les sociétés civiles de droit commun, la volonté demeure actuellement l'élément à la fois nécessaire et suffisant de la formation du groupement. La personne morale naît dès l'échange des consentements, à moins que les associés ne conviennent d'une date ultérieure (2). Conforme aux principes du consensualisme et de l'autonomie de la volonté, la solution présente néanmoins des inconvénients pour les tiers qui peuvent ignorer l'existence de la société civile (3).

En comparaison, la constitution des sociétés commerciales suppose désormais des formalités plus complexes. Certes le consentement y est toujours un élément essentiel. Mais il ne suffit plus à faire acquérir la personnalité morale : cet effet ne se produit qu'avec l'immatriculation au registre du commerce (4). La règle ne souffre pas d'exception, car si la société en participation est parfaite avec l'accord des consentements, elle ne jouit jamais de la personnalité morale et ne doit pas se révéler aux tiers (5). Paradoxe étonnant de l'évolution, les sociétés commerciales, après avoir été les premières à bénéficier d'une personnification, sont aujourd'hui les groupements qui en jouissent le plus difficilement, alors même qu'a été abandonné le projet longuement débattu devant le Parlement de l'instauration d'un contrôle judiciaire de la constitution (6).

(1) P. Coulombel, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé. Thèse, Nancy, 1949, p. 109.

(2) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., tome 11 par Lepargneur, n^o 999 ; traité Ripert et Roblot, n^o 684 ; Civ. 1.7.1971, Rev. Soc. 1972-505.

(3) P. Delaisi, La clandestinité des sociétés civiles, G.P. 1968-2-6.

(4) Art. 5 loi 24.7.1966.

(5) Art. 419 loi 24.7.1966.

(6) Bastian, La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Mélanges Cabrillac, 1968 p. 23 ; A. Jauffret, Les réformes récentes du registre du commerce, R.T.D.Com. 1969 p. 403.

On en vient à se demander s'il est toujours exact d'affirmer que la personne morale ne naît pas d'une concession du législateur ? Pour reprendre la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation de 1954 qui a défini les conditions d'octroi de la personnalité morale, on peut considérer qu'il s'agit d'un des cas où "le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements", en l'espèce, les sociétés commerciales non immatriculées. Cette limitation légale des effets de la volonté des associés est d'ailleurs légère puisqu'il ne dépend que de ces derniers d'accomplir la formalité exigée et aboutir à la création d'un être moral (1).

Elle s'explique non seulement par le désir de faciliter aux tiers la connaissance de la date à partir de laquelle ils peuvent traiter avec la société en tant que telle, mais encore par celui d'un rapprochement avec les législations étrangères dont certaines attachent pareillement la naissance de la personnalité morale à une formalité officielle : l'immatriculation au registre du commerce en Allemagne, ou au registre des entreprises en Italie (2). Cela ne concerne pourtant que les sociétés étrangères dotées de la personnalité juridique, soit les sociétés de capitaux. Les sociétés de personnes, au contraire, fonctionnent sans personnalité propre, à l'aide de techniques inconnues du droit français qui leur assurent une autonomie patrimoniale, notamment l'utilisation de la notion de patrimoine d'affection ou de propriété en main commune. La loi française de 1966 va donc plus loin que les modèles auxquels elle prétendait se référer.

-
- (1) L'atteinte à la volonté des parties existait d'une manière bien plus autoritaire avant 1867, en raison de la nécessité d'une autorisation administrative pour l'acquisition de la personnalité morale par les sociétés anonymes.
- (2) Allemagne, § 34 de la loi du 31.1.1937. Italie, art. 2331 du code civil.

Section 2 - La situation des sociétés en l'absence d'immatriculation.

Il était impossible de maintenir le délai impératif d'immatriculation au registre du commerce prévu antérieurement à 1966 parce qu'il courait à partir de la "constitution de la personne morale" et qu'actuellement c'est l'immatriculation elle-même qui confère la personnalité juridique. A l'inverse de ce qui est pour les commerçants personnes physiques, l'article 11 du décret n° 67.237, en matière de sociétés, n'impose finalement aucune obligation. La date à laquelle la société jouira de la personnalité morale peut être indéfiniment retardée même après l'accomplissement de toutes les formalités constitutives. Sans danger généralement pour les tiers, une prolongation excessive de la période de formation comporte toutefois des inconvénients à l'égard des associés. En particulier, leurs apports demeurent improductifs. Aussi, à défaut d'immatriculation dans les six mois à compter soit du dépôt du projet de statuts au greffe pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne (1), soit de la date de versement pour les sociétés se constituant sans appel public à l'épargne (2), ils peuvent demander en justice l'autorisation de se retirer et obtenir la restitution de leurs fonds. Dans l'hypothèse présente, on suppose la société en voie de constitution, les fondateurs ayant la volonté de créer un nouveau sujet de droit ; dans d'autres cas, en revanche, cette intention ne les habite nullement. Le régime juridique de ce groupement dépourvu de personnalité morale doit être envisagé (3).

§ 1. Nature juridique de la société non immatriculée.

Deux hypothèses doivent être distinguées selon qu'un accord de volonté valable est ou non intervenu. En effet, malgré l'absence de consentements exprimés, le comportement de plusieurs personnes qui agissent comme des associés peut créer une apparence de société dont le droit déduit certaines conséquences.

(1) Art. 83 loi 1966 et art. 71 décret 67.236 ; Com. 29.1.1974, J.C.P. 1974-17815 note N. Bernard.

(2) Art. 76 décret 67.236.

(3) Chron. Bastian, préc., Mélanges Cabrillac, p. 23 ; thèse Coulombel, préc. p. 112 et s.

432

A/ L'hypothèse de l'existence d'un contrat.

Si un contrat existe, deux analyses antinomiques s'affrontent. L'une soutient que la société n'est pas encore formée. L'autre affirme que la constitution est définitive et qu'en outre la société possède la personnalité morale sur le plan interne. En réalité, le droit français renoue avec la conception d'une véritable société dénuée de personnalité.

433

Selon une première thèse, tant qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce, la société se trouve toujours en période de formation. L'immatriculation apparaît comme la dernière des formalités constitutives. Cela conduit à énoncer qu'il y a pour toute société une période constitutive comme il n'en existait jusqu'à 1966 que pour les seules sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne alors que la constitution des autres s'opérait en un trait de temps par la simple signature des statuts.

Divers arguments étayent cette thèse. Au cours des travaux préparatoires, à l'occasion de la discussion à l'Assemblée Nationale de l'article 3 du projet devenu l'article 5 de la loi, il fut question de la "période présociale" que connaît le droit allemand avant l'immatriculation au registre du commerce (1). Le Garde des sceaux corrobora cette interprétation par l'évocation des actes accomplis par les fondateurs "avant que la société soit définitivement constituée par son immatriculation au registre du commerce". Deux textes semblent d'ailleurs confirmer ce propos. L'article 2 alinéa 1 du décret n° 67.236 dispose que la durée de la société commence à courir à dater de l'immatriculation, ce qui laisse penser que la société n'existe pas auparavant. En second lieu, dans la société anonyme ou dans la société à responsabilité limitée, le retrait des fonds versés par les souscripteurs et déposés conformément à la loi "pour le compte de la société en formation" ne peut s'effectuer qu'après l'immatriculation. Ici encore, la solution paraît impliquer que la société n'est définitivement formée qu'à ce moment (2).

(1) 1.6.1965, J.O. 2.6.1965 p. 1580 et 1581.

(2) Art. 39 et 83 loi 1966 ; art. 23 et 70 décret 67.236.

Admettre ce raisonnement ne résout pas toutefois le problème de la détermination de la situation des futurs associés. Y a-t-il entre eux un avant-contrat ? Une pré-société ? Une société sous condition suspensive de l'immatriculation ? Une société en participation ? Une association ou un contrat innomé ? Au surplus, il y a incompatibilité avec l'article 1843 du code civil selon lequel : "la société commence à l'instant même du contrat".

La seconde explication reprend la distinction établie par Thaller entre personnalité interne et externe (1). Dès la signature des statuts ou la tenue de l'assemblée constitutive, et avant immatriculation, existerait une société définitivement constituée et même déjà douée de personnalité mais uniquement dans l'ordre interne.

Pareille conception s'accorde avec la solution du code civil et semble suggérée par la formule de l'article 5 de la loi de 1966 : "Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation". N'implique-t-elle pas une opposition entre l'existence et la jouissance de la personnalité ? Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée Nationale l'a admis : "Les mots jouissance de la personnalité morale paraissent avoir été choisis à dessein par les auteurs du projet. Ils ont voulu, semble-t-il, éviter de prendre parti dans la querelle de la date de la naissance de la personnalité morale ; aussi bien est-il possible que, conformément à la doctrine et à la jurisprudence traditionnelle, la personnalité morale naisse toujours de la signature du contrat de société, seule la jouissance de cette personnalité étant reportée à la date de l'immatriculation" (2).

D'ailleurs, lorsque la société reprend, après avoir été immatriculée, les engagements contractés pour son compte antérieurement, elle est censée les avoir souscrits dès l'origine (3). N'est-ce pas déjà supposer à ce moment un embryon de personnalité ?

(1) Note Thaller sous Cass. 30.5.1892 D.P.1893.1.105 ; thèse Coulombel p. 119.

(2) M. Le Douarec, rapport n° 1368.

(3) Art. 5 alinéa 2 loi 24.7.1966.

Si séduisant soit-il, ce système ne résiste pourtant pas à l'examen. La jouissance d'un droit ne s'oppose pas à son existence mais à son exercice. Existence et jouissance sont synonymes (1). Et qu'est-ce qu'une personnalité latente et sourde, inexistante pour les tiers ? (2). Le Ministre de la justice, au cours des débats parlementaires, l'avait entendu ainsi, lorsqu'il avait déclaré que la jouissance et l'acquisition de la personnalité morale visaient exactement le même fait juridique (3). Ce qu'il confirma expressément ensuite dans sa circulaire sur le registre du commerce du 23.3.1967 : "Désormais, l'immatriculation est l'acte qui confère à la société la jouissance de la personnalité morale. Avant l'immatriculation, il existe une société sans personnalité morale, qui n'est donc pas habile à être titulaire de droits et d'obligations, ni à agir par elle-même" (4).

435

En définitive, on doit admettre que le droit français renoue avec la conception d'un véritable contrat de société dénué de personnalité. Excepté pour la société en participation, la notion était tombée en désuétude depuis la personnification des sociétés civiles. Mais rien n'interdit d'y revenir. Les nouveaux textes abondent en ce sens. Ainsi, selon l'article 285 du décret n° 67.236, modifié par le décret n° 68.25 du 2.1.1968, l'insertion de l'avis de constitution dans un journal d'annonces légales intervient : "lorsque les autres formalités de constitution ont été accomplies". L'article 1 alinéa 2 de la loi de 1966 précise que la demande d'immatriculation est présentée : "après accomplissement des formalités de constitution de la société". L'immatriculation ne peut donc être tenue pour la dernière des formalités constitutives. Elle leur est postérieure (5).

Une fois le principe énoncé, quelle limite exacte faut-il lui assigner ? Une société peut-elle vivre tout en restant à ce stade ? La généralité de la doctrine tend à s'opposer à une pareille éventualité.

(1) Bastian préc. p. 27 ; Marty et Raynaud, Droit civil, tome I - 2° volume 2° éd. 1967 n° 499.

(2) Traité Ripert et Roblot, n° 1044.

(3) J.O. déb. A.N. 2.6.1965 p. 1681.

(4) J.O. 24.3.1967 ; J.C.P. 1967-3-32901 - Circulaire, chapitre 2 alinéa 1

(5) Idem : art. 55 al. 1 décret 67.237 ; art. 5 al. 2 loi 24.7.1966 et art. 68 décret 67.236.

Effectivement, le déblocage des fonds subordonné à l'immatriculation empêche pratiquement qu'une société anonyme ou à responsabilité limitée puisse se perpétuer sans personnalité juridique (1). En revanche, un second argument parfois avancé à l'appui de cette solution paraît devoir être écarté. Il consiste à inclure le défaut d'immatriculation parmi les formalités de constitution à propos desquelles l'article 6 alinéa 2 de la loi de 1966 prévoit une action en régularisation (2). Une double objection peut être formulée. Elle se fonde d'abord sur les termes de l'alinéa 4 du texte précité en vertu desquels l'action se prescrit à compter de l'inscription de la société au registre du commerce. Monsieur le Professeur Bastian en déduit qu'elle ne peut être intentée qu'à partir de ce moment et qu'elle se révèle donc inapte à régulariser le défaut d'immatriculation (3) ; à moins de considérer, avec d'autres auteurs (4), que l'action est imprescriptible puisque le point de départ qui est normalement imparti à la prescription ne se rencontre pas. Mais surtout, les développements qui ont précédé ont laissé apparaître que l'immatriculation ne peut être tenue pour la dernière des formalités constitutives. Elle leur est postérieure.

436

B/ L'hypothèse de l'absence de contrat.

Même en l'absence de consentement valable exprimé par les participants, la jurisprudence admet qu'une société puisse avoir une certaine vie juridique. Elle reconnaît alors l'existence d'une société de fait (5). L'expression recouvre deux situations différentes. Il y a d'abord la société de fait proprement dite, lorsqu'une société voulue par les participants mais entachée de nullité a fonctionné avant son annulation ; elle relève de

-
- (1) Au contraire, une société en nom collectif ou en commandite simple le pourrait certainement. Bastian préc. , p. 29. Contra : G. Rives, Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, R.T.D.Com. 1969 p. 407 et s., spécialement p. 420 et s. ; Sinay, Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, Rev. Soc. 1966, p. 246 et s., n° 107-108 et 112.
 - (2) Sinay préc. n° 106 ; traité Ripert et Roblot n° 757 ; Rives, préc. n° 15 ; Nguyen Xuan Chanh préc. p. 43.
 - (3) Préc. n° 166.
 - (4) Traité Ripert et Roblot n° 757.
 - (5) Thèse H. Temple, Les sociétés de fait, Montpellier, 1975 ; traité Ripert et Roblot n° 724 ; G. Rives préc.

l'étude des conséquences de la nullité. En second lieu, sous la dénomination plus précise de société créée de fait est qualifié le comportement de plusieurs personnes qui ont agi en fait comme des associés permettant que soient établis les éléments essentiels du contrat de société : la mise en commun de biens et d'activités, la collaboration égalitaire à une même exploitation, le partage des bénéfices et des pertes (1). Il n'a pas été dressé d'acte instrumentaire ; la volonté des intéressés n'a pas été explicite. Suivant la formule imagée d'un auteur : "Ils se sont mis en société comme on se met en ménage, sans faire de façons et sans déranger ces messieurs graves et onéreux que sont les notaires, les conseils, les greffiers et autres hommes de lois qui font peur au petit peuple artisanal et commercial. Ils l'ont fait avec une sérénité d'âme d'autant plus grande que le fisc bénit l'union et fait remplir un imprimé "officiel" de déclaration d'existence de la "société de fait" "(2).

437

L'article 1832 du code civil explique pourquoi la collaboration de plusieurs personnes à une exploitation peut être qualifiée de société dès lors qu'elle présente les éléments constitutifs de ce contrat. Cette qualification a un grand intérêt pour les tiers et surtout les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité entreprise en commun. Elle leur donne la possibilité de rendre les associés solidairement responsables en déjouant la fraude qui consisterait à refuser de créer une société régulière afin d'échapper à leurs poursuites. Déjà un arrêt de la Cour de cassation du 11.4.1806 décidait qu'il ne suffisait pas toujours de l'observation des règles de l'ordonnance de 1673 concernant les sociétés pour

(1) Com. 29.1.1969 Bull. n° 33 p. 33 ; Com. 2.3.1970, Bull. 4 p. 76 n° 81 ; Com. 17.11.1970 D. 1970-206 ; Com. 29.6.1971 Bull. n° 187 p. 175 ; Civ. 1° 3.4.1973 D.S. 1973 somm. 120. A propos de sociétés entre concubins : Com. 15.1.1968 Bull. 4 p. 17, n° 22 ; Civ. 1° 14.5.1969 D.S. 1969 somm. 119, Bull. Civ. 1° n° 183 p. 147 ; Com. 30.6.1970 Bull. 4 n° 222 ; Com. 12.2.1973 G.P. 12.4.1973 p. 18 ; Cour de Basse Terre 14.5.1973, R.T.D.Com. 1974 p. 98 et s. obs. Champaud. A propos de groupements d'entreprises constitués en vue d'adjudications de travaux publics : Com. 19.10.1959 J.C.P. 1960-11439 note de Juglart ; Poitiers 11.5.1960 D. 1961-40 note Savatier ; Riom 24.10.1962 D. 1962-767, R.T.D.Com. 1963-108 obs. Rodière ; Com. 24.10.1966, 1° et 2° espèces D. 1967-370, J.C.P. 1967-15099 concl. Gégout ; Com. 17.11.1970 D.S.1971-206, Rev. Soc. 1971-533 note J.H. ; Colmar aud réunies 1° et 2° ch. 17. 4.1974 J.C.P. 1974-17832 note Burst.

(2) Champaud, R.T.D. Com. 1968 p. 1066.

qu'un associé se mît à l'abri de la solidarité : "qu'il est des sociétés qui se contractent re ipsa et que la solidarité peut et doit en être déduite" (1). L'étude de la jurisprudence montre ainsi que la création d'une société de fait est invoquée pour obtenir un avantage ou échapper à une charge. Pour obtenir un avantage : les créanciers peuvent, de cette façon, engager la responsabilité de personnes avec lesquelles ils n'ont pas directement traité (2), ou essayer de faire étendre la procédure collective de liquidation de patrimoine à tous les prétendus associés (3). Pour échapper à une charge : cela autorise à écarter certains créanciers de la masse d'une procédure collective, en les faisant passer pour associés de fait du failli (4).

38 Pour en établir l'existence, les tribunaux opéraient, avant la réforme de 1966, la distinction suivante. Conformément au droit commun, les tiers pouvaient prouver la société par tous moyens (5). Entre associés, la preuve était également libre lorsqu'il s'agissait de déterminer les rapports qui avaient pu se nouer entre eux dans le passé, afin d'arriver à la liquidation (6). En revanche, la jurisprudence hésitait à admettre la liberté de preuve quand une partie souhaitait contraindre les autres à continuer l'oeuvre commune. Cette attitude se fondait sur l'article 39 du code de commerce qui prescrivait de constater par écrit les sociétés commerciales. Aujourd'hui, l'abrogation de ce texte incite à pencher pour un retour au principe traditionnel de la liberté de preuve.

(1) J. Hémard, Les sociétés de fait en droit français, Travaux de l'association Henri Capitant, tome 11, 1957 p. 149.

(2) Req. 19.8.1940 - J.C.P. 1941-2-1625 note Bastian, Bordeaux 29.11.1948 Rev. Soc. 1949-42.

(3) Aix 15.5.1956 J.C.P. 1957-2-9815 note Cassin. Com. 7.3.1972 Bull.1972 n° 84 p. 81.

(4) Civ. 21.10.1941 S. 1943-1-15 ; Com. 13.7.1948 J.C.P. 1949-2-4938 note Bastian.

(5) Req. 25.5.1940 S. 1940.1.77.

(6) Civ. 1°, 14.2.1961 G.P. 1961-339, J.C.P. 1961-4-47 ; Civ. 1° 26.6.1968 Bull. civ. 1 n° 184 p. 139.

A défaut d'autres règles, les solutions jurisprudentielles conservent leur intérêt en ce qui concerne la liquidation des sociétés créées de fait. On recourait assez souvent à l'article 1853 alinéa 1 du code civil : "Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société". Mais cette disposition étant purement supplétive, les juges pouvaient estimer plus conforme à l'intention des parties un partage différent. Un motif identique justifiait également que fût écartée l'application de l'alinéa second de l'article 1853 du code civil : "A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté".

439

§ 2. Conséquence du défaut de personnalité morale.

L'absence de personnalité morale de la société constituée mais non immatriculée au registre du commerce et de la société créée de fait interdit de prononcer à leur égard le règlement judiciaire ou la liquidation des biens (1). L'exemple cité traditionnellement avant 1966 de la société commerciale en participation illustre parfaitement la situation. Tant que cette société demeurait occulte, elle échappait à la procédure de concours puisqu'elle n'avait pas la personnalité morale. Mais était-elle révélée aux tiers par l'intervention des participants dans la gestion externe, qu'elle se transformait en société en nom collectif exposée au règlement judiciaire ou à la faillite (2).

Même si la société a satisfait à l'immatriculation, une difficulté particulière naît lorsque la date de cessation des paiements est

-
- (1) Traité Ripert et Roblot, n° 2840 ; Hémard, Terré, Mabilat, tome 1 n° 153 ; Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite 1969 n° 177 p. 203 ; Paris 25.2.1972 Rev. Soc. 1972-471 note J.H., D. 1972-525 note critique Calais-Auloy ; Houin, R.T.D.Com. 1970 p. 497 1971 p. 445, 1972 p. 477. Contra : Rives préc., R.T.D.Com. 1969 p.407
- (2) J. Hémard préc. p. 138.

fixée antérieurement. Sans doute la jurisprudence, tout en déniait la personnalité morale aux sociétés de fait, a toujours admis, en raison des inconvénients de la solution contraire, de les déclarer en "faillite". Depuis la loi de 1966, la solution reste certaine pour les sociétés nulles puisque subsiste leur personnalité morale tant que dure la liquidation (1). En revanche, les termes de l'article 5 de la loi de 1966 et de l'article 1er de la loi n° 67.563 du 13.7.1967 l'excluent formellement à l'égard des sociétés créées de fait. La mise en règlement judiciaire ou en liquidation de biens se conçoit pourtant vis-à-vis de chacun des associés, si du moins la société avait une activité commerciale. En effet, la société créée de fait, au même titre que la société en participation révélée aux tiers, doit être considérée comme une société en nom collectif irrégulière. Les associés de fait font le commerce en commun : ils ont la qualité de commerçant et chacun d'eux répond personnellement et solidairement du passif (2). Le régime nouveau ne souffre que d'une infériorité par rapport à l'ancien. Celui-ci permettait le prononcé de faillites cumulées : celle de la société de fait et celle des associés. La solution comportait un intérêt quant à l'affectation du patrimoine social aux créanciers sociaux.

-
- (1) Art. 391 al. 2 loi 1966. Com. 4.7.1960 R.T.D.Com. 1960-885 ; Com. 12.2.1969 - R.T.D.Com. 1969-562, D. 1969-377 note Pirovano ; Com. 17.3.1969 R.T.D.Com. 1969-1097, J.C.P. 1969-2-16114 note J.A.
- (2) Com. 17.6.1970 R.T.D.Com. 1971-445 ; Paris 30.1.1971 R.T.D.Com. 1972-477 ; T.C. Paris 26.4.1971 Rev. Soc. 1972-242 note Guilberteau, R.T.D. Com. 1972-477.

CHAPITRE II - LA NULLITE.

L'absence de jouissance de la personnalité morale ne sanctionne que le défaut d'inscription de la société au registre du commerce. C'est dire son insuffisance eu égard à toutes les mesures de publicité existantes. Parmi ces formalités, un grand nombre ont pour objet d'éclairer une volonté avant qu'elle ne s'exprime, soit lors d'une souscription de titres à la constitution de la société ou au cours de la vie sociale, soit à l'occasion d'un vote dans les assemblées générales. La sanction de leur irrégularité consiste naturellement à dénier tout effet à la volonté ainsi émise et à l'acte intervenu.

Dans la loi de 1867, la nullité occupait une place prééminente parmi les sanctions (1). Actuellement, la tendance est renversée en raison des bouleversements qu'engendre son prononcé et de sa disproportion avec des omissions infimes ou des retards minimes (2). Certes, on ne peut pas imaginer la suppression complète des cas de nullité. Mais pour se préserver de ses inconvénients, le mieux consiste à essayer d'éviter d'y recourir. Il n'y a là aucune contradiction pourvu que le régime de la sanction soit aménagé de telle façon que le vice puisse être effacé autrement que par la mise à néant de la décision infectée. C'est ainsi que, tant du point de vue des causes de nullité que du régime de l'action, apparaît la volonté du législateur (3) d'éviter la sanction ou tout au moins de limiter ses conséquences.

-
- (1) René Japiot. Des nullités en matière d'actes juridiques, 1909 p. 141 ; thèse P. Barthas, La nouvelle publicité des sociétés de commerce, Toulouse 1936 p. 81 et s., et p. 149 et s.
 - (2) Colin, La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler la décision d'une assemblée précédente. Rev. Soc. 1937, p. 166 et s.
 - (3) Exposé des motifs du projet de loi n° 1003, p. 19 ; Le Douarec, rapport à l'Assemblée Nationale, document n° 1368 p. 30 et s. et rapport n° 1868 p. 7 et s. ; Molle, rapport au Sénat, n° 81 p. 13 et s.

L'exemple de la nullité susceptible d'affecter la société elle-même est particulièrement caractéristique de cette évolution. Une constitution régulière dépend du respect de conditions de forme et de fond. Pour les sanctionner, le droit français s'en est longtemps tenu aux principes classiques du droit privé : "Quod nullum est nullum producit effectum". La nullité entraîne l'anéantissement rétroactif de l'acte et, par répercussion de tous ses effets (1).

La société était censée n'avoir jamais existé ce qui provoquait l'annulation de toutes les conventions passées avec les tiers. Ainsi qu'un auteur (2) l'avait brillamment démontré, cela équivalait à une véritable négation de la réalité : "Il est impossible d'anéantir ce qui a été fait : on ne peut détruire les usines, retirer de la circulation les objets fabriqués ; on ne peut faire que des gains n'aient pas été réalisés. Il est impossible de ne pas se préoccuper de ce qui demeure après que le décret de mort de la société, c'est-à-dire le jugement déclarant la nullité a été rendu ; aucune décision légale ne saurait supprimer la matérialité des faits accomplis, la réalité objective d'un groupement d'intérêts. Même si on les dépouille des conséquences juridiques que leurs auteurs avaient entendu leur faire produire, ces faits n'en ont pas moins conféré ou n'en confèrent pas moins certains droits à ceux à l'égard desquels ils ont été réalisés. Le droit strict basé sur le pur raisonnement fléchit devant les faits. Le passé est acquis, les faits subsistent". Effectivement, le dirigeant d'une société pouvait évincer ses co-associés de la répartition des bénéfices en leur opposant qu'ils n'avaient jamais eu vocation au partage. Les créanciers perdaient leur droit de gage sur le patrimoine social. La situation choquait d'autant plus que dans bien des cas l'irrégularité aurait pu facilement être réparée.

Pour y pallier, une loi du 1.8.1893 ébaucha un système de régularisation des sociétés nulles et créa une prescription abrégée de l'action en nullité. Un décret-loi du 30.10.1935 (3) poursuivit dans le même sens :

-
- (1) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6 par Paul Esmein n° 320 et s.
(2) Hémard, *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait* - 2° éd., 1926, n° 4.
(3) D.P. 1935-4-413. Modifiait les art. 8 et 58 loi 24.7.1867.

l'instance en annulation pouvait toujours être enrayée par la réparation du vice de constitution et le tribunal avait le droit d'impartir d'office un délai pour régulariser. De leur côté, la doctrine et la jurisprudence élaborèrent la théorie des sociétés de fait qui tempérait la portée de la nullité par assimilation à une dissolution.

442

Ces solutions ont été reprises et même accentuées par les auteurs de la réforme des sociétés commerciales. Leur dessein a été de limiter les cas de nullité et, lorsqu'elle ne peut être évitée, d'en réduire les effets. Ils se sont conformés ainsi à la proposition de directive du 10.4.1964, devenue depuis lors la directive n° 68-151 du Conseil des Communautés économiques européennes (1), dont une des idées maîtresses était d'assurer les tiers contre les risques découlant de l'annulation des sociétés irrégulièrement constituées.

En contrepartie de ses avantages, le système établi présente l'inconvénient de neutraliser partiellement le rôle préventif de la sanction. Les fondateurs ou dirigeants peuvent être tentés d'éluder plus facilement l'application des dispositions légales lorsqu'ils savent que la nullité découverte et demandée ne produirait que des effets restreints, voire aucun. C'est la raison pour laquelle ont été édictées des sanctions pénales susceptibles d'être encourues malgré la réparation du vice, de même que celle-ci ne met pas obstacle à l'exercice de l'action civile tendant à l'indemnisation du préjudice éventuellement provoqué.

443

Section 1 - Les cas de nullité.

L'article 360 de la loi de 1966 définit les différents cas de nullité. L'alinéa premier édicte que : "la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la présente loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats". L'alinéa second ajoute que : "la nullité d'actes ou délibérations autres

(1) J.O.C.E. 14.3.1968 p. 8, D. 1968-155.

que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de la présente loi ou de celles qui régissent les contrats".

La loi reprend ainsi le principe "pas de nullité sans texte", marquant son intention de n'admettre que par exception le prononcé de cette sanction. Elle distingue les nullités issues de la violation d'une disposition de la loi et celles qui proviennent de l'application du droit commun des contrats. Comme on l'a fait remarquer, la formule légale n'est pas heureuse. D'une part, elle se réfère uniquement à la loi ; l'inobservation des prescriptions réglementaires ne paraît pas sanctionnée. D'autre part, le recours à la notion de contrat dans le droit des sociétés, spécialement les sociétés anonymes, est critiquable. On ne peut y procéder que par voie d'analogie.

444

§ 1. Les cas de nullité résultant de la violation de la loi sur les sociétés

Selon les termes mêmes de l'article 360, la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse ; tandis que la nullité des autres actes ou délibérations suppose seulement la violation d'une disposition impérative de la loi. Les premières sont devenues très rares en droit français, les secondes demeurent assez nombreuses. On peut s'interroger sur le bien-fondé de ce dualisme. Une modification statutaire revêt autant d'importance que l'approbation des comptes annuels, et la décision de constituer des réserves extraordinaires intéresse davantage les tiers que l'insertion dans le pacte social d'une clause limitant l'accès des assemblées aux titulaires d'un nombre minimum de titres. Peut-être aurait-il été plus judicieux de s'inspirer d'un autre critère.

445

A/ La nullité de la société ou d'un acte modifiant les statuts.

Les causes de nullité des sociétés et celles des actes qui modifient les statuts diffèrent. Leur examen sera donc entrepris séparément.

I - La nullité de la société.

Avant la réforme entreprise par la loi du 24.7.1966, la détermination du domaine de la nullité suscitait de nombreuses difficultés en raison de l'absence tant de principes généraux que de toute énumération complète (1). L'incertitude était avivée par l'attitude de la jurisprudence qui admettait des nullités virtuelles qui pouvaient exister du seul fait qu'une des conditions requises pour la validité de la société n'avait pas été respectée. La doctrine avait précisé que la nullité devait être prononcée dans le silence de la loi quand l'intérêt qu'elle tendait à sauvegarder était assez important et avait été notablement compromis par l'irrégularité (2). On s'accordait à reconnaître qu'il en était ainsi dans le cas d'inobservation d'une règle prohibitive. Par contre, en présence d'une disposition impérative, on hésitait davantage. La nullité était encourue lorsque la constitution de la société ne satisfaisait pas à une condition jugée essentielle à sa formation ou à son fonctionnement (3). Au surplus, les tribunaux usaient du raisonnement analogique : si le législateur, pour un type de société donné, sanctionnait tel manquement, ils se permettaient d'en opérer une transposition à d'autres formes sociales si les motifs qui avaient inspiré la règle et les intérêts à protéger étaient identiques. Ce système comportait trop d'aléas pour donner satisfaction.

La loi de 1966 abandonne ces errements (4). Par ailleurs, conformément à la directive européenne n° 68-151 (5), il s'est avéré néces-

(1) Il était prévu que la nullité pouvait résulter d'une disposition relative au droit commun des contrats (Art. 1108 à 1133 code civil), ou particulière au contrat de société (Art. 1832 à 1873 code civil), ou d'une disposition du code de commerce propre aux sociétés commerciales (Art. 18 à 46). Elle pouvait être édictée par des lois spéciales. Ainsi l'article 58 de la loi du 24.7.1867, rédaction du décret-loi du 30.10.1935, à propos de la publication des actes de société prévoyait que l'inobservation des formalités de dépôt et de publicité prescrites aux articles 55 et 57 entraînait la nullité. Des règles semblables avaient été reprises, pour les S.A.R.L., par les articles 9 et 14 de la loi du 7.3.1925.

(2) Planiol et Ripert, tome 6 n° 295.

(3) Hémarc préc. n° 19.

(4) D. Bastian chron. préc. J.C.P. 1967-2-2121 ; Houin et Goré préc. D. 1967-123 ; Nguyen Xuan Chanh, La nullité des sociétés D. 1968-27 ; traité Ripert et Roblot, n° 754.

(5) L'article 11 alinéa dernier de la directive pose en principe l'abolition des nullités, celles maintenues étant l'exception à la règle : "En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité".

saire, en vue d'assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers ainsi qu'entre les associés, de limiter les cas de nullité : il convient de poser en principe leur abolition, ceux maintenus étant l'exception. Seules les causes de nullité fondées sur l'inobservation des règles de publicité doivent être retenues ici.

Le régime instauré à cet égard est extrêmement simple. La sanction étudiée subsiste à l'égard des sociétés en nom collectif et en commandite simple. Mais cette survivance résulte d'une inadvertance législative. Le projet gouvernemental prévoyait un contrôle judiciaire préalable à la constitution des sociétés anonymes et S.A.R.L. qui devait purger toutes les irrégularités. Au contraire, puisqu'aucun contrôle ne devait s'exercer pour les autres, la nullité avait été maintenue. Toutefois le système initial fut abandonné et remplacé par la déclaration de conformité, commune à toutes les sociétés commerciales. La discrimination aurait dû disparaître. Effectivement, les nullités pour vice de forme des sociétés en nom collectif et en commandite simple furent bien supprimées. Cependant l'article 361, à propos des formalités de publicité, fut oublié.

448

Dans les sociétés par actions (et les S.A.R.L.), l'intention du législateur de ne pas sanctionner par la nullité l'inobservation des mesures de publicité est certaine (1). Une difficulté peut néanmoins apparaître. Elle concerne les sociétés faisant appel public à l'épargne dans lesquelles les apports en nature ou les avantages particuliers n'ont pas été approuvés par l'assemblée générale constitutive. L'interprétation de l'article 80 de la loi de 1966 relatif à la vérification des apports en nature et des avantages particuliers stipulés prête à équivoque. Les trois premiers alinéas aménagent la procédure à respecter et prévoient que l'assemblée ne peut procéder à une réduction qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs. A défaut, l'alinéa quatrième précise que : "la société n'est pas constituée". Dès lors la question se pose de savoir si les termes utilisés ne reviennent pas à instituer un cas de nullité ! (2). Il est certain que

(1) Bastian préc. n° 168 ; Houin et Goré préc. n° 19 à 21 ; traité Ripert et Roblot n° 753.

(2) Thèse H. Temple, Les sociétés de fait, 1975 - n° 374 p. 222.

l'engagement de l'apporteur peut être annulé. Mais que décider au sujet de la société ? Si elle parvient à se faire immatriculer au registre du commerce et à fonctionner sans avoir respecté le formalisme requis par l'article 80, il paraît souhaitable, dans l'intérêt des tiers, de considérer que faute par la loi d'avoir édicté expressément la nullité, celle-ci ne peut plus être demandée, à moins que l'apport en nature compose la totalité ou la majeure partie des apports, auquel cas la société devrait être annulée par application de la définition ordinaire du contrat de société qui implique l'existence d'apports.

449

II - La nullité des actes modifiant les statuts.

Les délibérations d'une assemblée extraordinaire peuvent être annulées dans le cas d'irrégularités dans les formes et les délais de convocation (1), d'inobservation des règles de quorum et de majorité, de non-respect de l'ordre du jour, d'établissement irrégulier de la feuille de présence, de défaut de communication préalable des documents sociaux (2). Un autre texte vient compléter ces règles à propos d'une opération particulière. L'article 186 alinéa premier de la loi de 1966 dispose que la délibération qui supprime le droit préférentiel est nulle lorsque l'assemblée ne statue pas sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, et sur celui des commissaires aux comptes.

450

B/ La nullité des autres actes ou délibérations.

L'alinéa second de l'article 360 prévoit la nullité des actes ou délibérations qui n'ont pas d'incidence sur le texte des statuts en cas de violation de toute disposition impérative de la loi. La formule légale embrasse largement les actes et délibérations. En réalité, la nullité des premiers résulte essentiellement de l'application des vices du consentement.

(1) Art. 159 al. 2 loi 24.7.1966.

(2) Art. 173 loi 24.7.1966.

Pour les délibérations, les causes d'annulation sont assez nombreuses puisque toutes les règles relatives à la tenue des assemblées et à l'information des actionnaires ont un caractère impératif.

A l'imitation des législations germaniques, la réglementation française distingue des délibérations nulles et annulables (1). L'opposition se justifie par l'idée que certaines exigences légales doivent être considérées comme essentielles, alors que d'autres, également impératives, ont une importance moindre pour la formation de la volonté sociale (2). Dans certains cas, la loi ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation(3); ainsi, s'il y a violation des règles qui gouvernent le quorum et la majorité (4), le déroulement de l'assemblée générale annuelle c'est-à-dire la lecture des rapports de la direction et des commissaires aux comptes ainsi que la présentation des comptes (5), l'établissement et le respect de l'ordre du jour (6), l'établissement de la feuille de présence (7), la désignation des commissaires aux comptes (8). En revanche, dans d'autres cas, la violation des règles n'affecte pas nécessairement la validité des résolutions. Le prononcé de la nullité suppose la démonstration d'un lien de causalité entre l'infraction commise et le vote. En effet, il aurait été anormal qu'une irrégularité minime entraîne l'annulation quand bien même n'aurait-elle eu aucune influence sur la décision prise. Il en est ainsi du vice, qui peut résulter d'une convocation irrégulière de l'assemblée (9), ou du défaut de communication aux actionnaires des informations qui doivent être tenues à leur disposition (10). Mais la mise en oeuvre du système suscite des difficultés. S'il est aisé de constater l'irrégularité, il l'est moins d'apprécier son incidence. Selon quel critère convient-il de déterminer celle-ci ? Comment en faire la démonstration ?

(1) R. Patry, La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Secrétan, 1964 p. 227.

(2) Houin et Goré, D. 1967 p. 155 n° 83 ; traité Ripert et Roblot, n° 1221 et 1230.

(3) Sous le droit antérieur : Com. 16.2.1965 Bull. 1965 n° 125 p. 106.

(4) Art. 153, 155 et 156 loi 1966.

(5) Art. 157 al. 2 loi 1966.

(6) Art. 160 loi 1966.

(7) Art. 167 loi 1966.

(8) Art. 222 loi 1966.

(9) Art. 159 al. 2 loi 1966.

(10) Art. 168 et 169 loi 1966.

I - Le critère d'appréciation de l'influence de l'irrégularité sur le vote.

Deux thèses s'affrontent dont l'une tend à détrôner l'autre.

La première n'admet le prononcé de la nullité que s'il apparaît que sans l'irrégularité la majorité ou le quorum requis par la loi n'auraient pas été réunis. Le calcul s'opère en deux temps. D'abord il faut établir le nombre de voix des actionnaires demandeurs. Puis il reste à comparer, en tenant compte du calcul précédent, si les voix des opposants dépassent en nombre celles qui approuvèrent la résolution critiquée. La simplicité du système séduisit un moment la jurisprudence (1).

Toutefois la solution encourt des reproches. Elle ne se justifie que si les voix des plaignants suffisent à renverser la majorité. Elle devient insuffisante dans les autres cas. Sinon, les dirigeants pourraient impunément perpétrer des illégalités en prenant la précaution de se livrer préalablement à la même recherche que les juges. Seule la fraude démontrée les en empêcherait (2). Plus généralement, elle conduit à une éviction de la minorité et au refus de considérer le poids de son intervention dans la délibération (3). Comme l'énonce Monsieur le professeur Bastian : "l'actionnaire ne pèse pas seulement sur les délibérations par le nombre de voix dont il est titulaire. Les observations et arguments qu'il est en droit de présenter à l'assemblée peuvent avoir une influence décisive sur le résultat du vote" (4). Effectivement, l'actionnaire n'est pas simplement un votant mais il est également un participant aux débats de l'assemblée.

-
- (1) Req. 20.6.1898 D. 1899-1-233, Rev. Soc. 1898-456 ; Civ. 31.12.1913 D. 1917-143, S. 1914-1-267 ; Civ. 26.2.1918 D. 1921-1-216, S. 1918-1919-33 ; Paris 11.5.1939 S. 1940-2-25 ; T.C. Seine 15.6.1939 G.P. 1939-2-315 ; Orléans 12.2.1952 D. 1952-626. A propos d'une assemblée d'obligataires : Paris 21.1.1937 S. 1937-2-172 note critique H. Rousseau.
- (2) Paris 22.7.1938 D.P. 1939-2-44.
- (3) Noirel, thèse p. 241, n° 345 ; Berr, thèse p. 229 n° 383 ; Schmidt, thèse p. 118 et s. 161 et s.
- (4) Note sous Douai 7.1.1954, J.C.P. 1954-2-8198.

Malgré certaines hésitations, la jurisprudence actuelle tend à rejeter le critère arithmétique au profit du second critère dit critère "psychologique" (1). Elle tient compte de l'influence des irrégularités commises sur l'orientation des votes émis (2). L'unique reproche qui a pu lui être adressé est son caractère trop rigoureux. Il a été dit qu'en cas de contestation sur la personne du titulaire du droit de vote, une telle sévérité pourrait avoir de graves répercussions. En réalité, l'objection ne paraît pas décisive. Déjà, son objet est très limité. Ensuite, il suffit que la société ait convoqué et informé de bonne foi la personne qui apparemment était possesseur de l'action.

La réforme de 1966 conforte cette interprétation. Sans doute, aucune disposition textuelle ne l'énonce formellement mais un acquiescement peut être discerné dans les principes essentiels de la loi. Le législateur a voulu restituer à l'assemblée des actionnaires le rôle qui lui échoit naturellement. Cette considération explique que l'article 162 de la loi impose au conseil d'administration ou au directoire de communiquer aux participants : "les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société". On ne pourrait, sans se contredire, renforcer l'assemblée dans sa signification de collège délibérant et adopter parmi les critères proposés celui qui ne tient aucun compte des conditions de la délibération en assemblée et ne reconnaît à la minorité d'autre influence que le montant de sa participation. Sinon comment justifier que l'article 159 alinéa 2 de la loi ouvre l'action en annulation de toute assemblée pourvu qu'un seul des actionnaires n'ait pu se rendre à la réunion par suite d'une irrégularité de convocation (3), ou qu'il ait fallu prévoir des dispositions spéciales pour éviter la nullité de la délibération à laquelle a participé une personne sans qualité ! (4). Mieux vaut donc dé-

(1) Expression formulée par M. Noirel. Thèse préc. p. 243 n° 347.

(2) Lyon 21.5.1951 J.C.P. 1951-6547 note Bastian ; S. 1952-2-173 note Dalsace, J. Soc. 1952-629 note Granger ; sur pourvoi Com. 9.2.1954 S. 1954-1-160, J.C.P. 1954-1-8049 note Bastian ; Com. 4.12.1951 Bull. 3 p. 271 n° 371 ; Douai 7.1.1954 J.C.P. 1954-1-8198 note Bastian ; sur pourvoi Com. 31.10.1956 Bull. 3 p. 231 n° 270, J.C.P. 1957-2-9889 ; Paris 24.2.1954 G.P. 1954-1-166 concl. Gégout ; Pau 7.10.1959 D. 1960-248 note Dalsace, Rev. Soc. 1960-420 note Dalsace ; Com. 9.5.1961 J.C.P. 1961 éd. C.I. 69724 ; Com. 21.7.1964 Bull. 3 n° 394 p. 350, R.T.D.Com. 1965-134 obs. Houin ; à propos d'une délibération de conseil d'administration : Com. 7.5.1973 R.T.D.Com. 1973-569.

(3) L'article 56 loi 1966 prévoit une sanction identique dans la S.A.R.L.

(4) Art. 93, 94-3°, 127 al. 3, 136 al. 2 et 137 al. 4 loi 1966.

cider que l'annulation de toute résolution est encourue dès qu'il est démontré qu'un actionnaire n'a pu participer utilement à la délibération à cause d'une irrégularité dans la procédure en assemblée générale.

L'application extrêmement large du critère pourrait laisser craindre que la vie sociale soit troublée à tout propos par des actionnaires de mauvaise foi. Le risque est cependant réduit. Certes, l'enchevêtrement des formalités préalables aux réunions rend difficile d'éviter tout manquement ; mais le critère trouve en lui-même ses limites et l'annulation n'est prononcée que s'il est établi que l'irrégularité commise a pu fausser le sens de la délibération et du vote donné.

454

II - La preuve de l'incidence de l'irrégularité sur la délibération.

Si la démonstration de l'irrégularité est chose aisée, il en va différemment de la preuve de son incidence sur la résolution adoptée. Comment établir que si tel actionnaire n'avait pas été exclu de l'assemblée, ou s'il avait été mieux informé, il aurait pu modifier le sens de la décision finale ? (1) Les supputations les plus contradictoires et les plus invérifiables s'affrontent en ce domaine. L'actionnaire demandeur tente de surestimer son influence alors que les dirigeants s'efforcent inmanquablement de la minimiser. Dans ces conditions, il y a de fortes chances que tout dépende de la dévolution de la charge de la preuve.

455

Une première conception pourrait se fonder sur la présomption que toute irrégularité fausse le sens de la délibération. Ainsi, la Cour de Douai, dans un arrêt du 7.1.1954, refusa d'apprécier quelle influence auraient pu avoir sur le résultat des votes les critiques d'un actionnaire empêché de participer à l'assemblée, sous le prétexte qu'une telle recherche aurait été purement divinatoire : "La Cour doit donc s'en tenir au respect des deux principes généraux affirmés par la loi et la jurisprudence, d'une part que le droit de vote aux assemblées générales est un attribut essentiel de l'action et qu'il ne saurait être supprimé en aucun cas, et d'aut-

(1) Thèse Schmidt préc. n° 166 p. 122.

tre part que la liberté de discussion est une condition déterminante de la formation de la majorité au cours des assemblées générales et qu'on ne saurait la réduire par des procédés irréguliers" (1). Le raisonnement semble excessif. C'est supposer que toute violation altère le sens de la délibération. Or il ne paraît pas souhaitable d'annuler une résolution là où pour sanctionner l'irrégularité il suffirait de rectifier des énonciations tendancieuses ou incomplètes.

456

En s'appuyant sur la règle "Actor incumbit probatio", la seconde conception confère au contraire la charge de la preuve à l'actionnaire demandeur. Pratiquement, la réclamation est agréée sans hésitation s'il y a fraude des dirigeants (2). Autrement, des difficultés de preuve risquent de paralyser l'action (3).

Mais est-ce critiquable ? Un rappel des solutions antérieures à la réforme de 1966 justifie une réponse négative. Toute irrégularité dans la convocation des actionnaires ou dans leur information préalablement aux assemblées entraînait de plano la nullité. Ainsi, les arrêts de la chambre commerciale des 21.11.1967 et 31.1.1968 sanctionnèrent le non-respect des délais de convocation alors que la présence aux délibérations des demandeurs à l'action en nullité démontrait que le vice reproché avait été sans conséquence (4). La nullité était inutilement rigoureuse. En effet, se conformer à une réglementation ne constitue pas une fin en soi. Il importe uniquement que l'actionnaire ait pu se prononcer en pleine connaissance de cause. La valeur de la règle actuelle consiste précisément à avoir accordé aux magistrats un pouvoir d'appréciation. Cette souplesse garantit que la sanction ne puisse être invoquée contre sa raison d'être (5).

(1) J.C.P. 1954-8198 note Bastian.

(2) Com. 7.3.1956 J.C.P. 1956-2-9356 note D.B. ; Com. 31.10.1956 J.C.P. 1957-2-9889, Rev. Soc. 1957-32.

(3) Lorsque le réclamant occupe la position de charnière de majorité, il sera accepté sans peine que l'irrégularité ait pu fausser le sens du vote. Voir a contrario : Paris 1.12.1961 Rev. Soc. 1963-64 note Autesserre.

(4) Com. 21.11.1967 et Com. 31.1.1968 J.C.P. 1968-15609 note N. Bernard ; Com. 30.4.1968 et Com. 21.11.1967 D. 1969 p. 89 note J. Lacombe.

(5) Com. 22.12.1969 Bull. 4 n° 391 p. 361 ; Colmar 27.10.1972 Rev. Soc. 1973-318.

§ 2. Les cas de nullité résultant de l'application du droit des contrats.

Il convient d'exposer ici dans quelle mesure sont applicables aux sociétés les conditions essentielles de la validité des contrats prévues par les articles 1108 et 1133 du code civil : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. S'agissant d'une étude relative aux sanctions de la publicité, donc de l'information, il apparaît qu'un appel à la théorie générale des contrats doive se circonscrire au seul aspect des vices du consentement.

Le terme consentement revêt traditionnellement deux significations. Pris dans un sens large, correspondant à son étymologie - cum sentire -, il exprime l'accord de volonté des parties à une convention. Ce concours implique évidemment l'existence chez chaque contractant d'une volonté individuelle. Cette adhésion personnelle des parties recouvre encore, dans une acception plus restreinte, le mot consentement. Les rédacteurs du code civil avaient naturellement envisagé que les contrats entreraient dans le domaine de la théorie des vices du consentement. En réalité celle-ci concerne tous les actes juridiques. On pourrait la dénommer plus exactement : théorie des vices de la volonté. Le droit des sociétés n'excepte pas à son emprise(1).

C'est à différents moments de la vie sociale que la liberté d'une déclaration de volonté doit être assurée par la mise en oeuvre des prescriptions légales en matière d'information. Signer un bulletin de souscription ou des statuts, émettre un vote équivalent à donner un consentement contractuel, et partant devraient être soumis à un régime identique. Tel est effectivement le principe auquel n'échappe que la nullité des sociétés anonymes (et des S.A.R.L.).

A/ Le cas particulier de la nullité des sociétés anonymes.

A la promulgation de la directive européenne du 9.3.1968, le législateur français dut modifier l'article 360 de la loi de 1966 relatif aux causes de nullité. Tel fut l'objet de l'article 7 de l'ordonnance n° 1176 du 20.12.1969 : "En ce qui concerne (les S.A.R.L. et) les sociétés

(1) Thèse Noirel préc. n° 167 p. 129 ; thèse G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, Toulouse 1961 p. 254 et s. ; thèse Schmidt, préc. n° 156-157 p. 114-115. thèse A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1958.

par actions; la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement, ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1855 du code civil". A s'attacher à la lettre du texte, on doit conclure que cette exception n'affecte que la nullité de la société elle-même et ne saurait être étendue, notamment, aux actes modificatifs des statuts (1) ou à l'acte de souscription. Toutefois ce dernier point est discuté.

Commentant les dispositions nouvelles, Monsieur le professeur Houin estime qu'il aurait été souhaitable qu'elles permettent au souscripteur de se retirer de la société en se faisant rembourser ses apports car il est inconcevable que la victime d'un vice du consentement ou qu'un incapable soit tenu de demeurer dans la société (2). La formulation employée laisse entendre que, pour son auteur, la possibilité pour le souscripteur d'obtenir l'annulation de son engagement soit douteuse.

Mais cette opinion est contestée. La nullité de la société est une chose, l'annulation de la souscription en est une autre. La déclaration de volonté du souscripteur ou de l'associé peut être entachée d'un des vices que le code civil dénonce dans les contrats, sans que sa nullité ait pour effet d'entraîner celle de la société (3). A ce propos, l'ordonnance du 20.12.1969 n'a pas profondément innové. Déjà, avant la réforme, dans l'hypothèse d'une souscription viciée, la nullité de la société n'était encourue qu'indirectement du fait de la réunion incomplète du capital social. La meilleure preuve en était que l'annulation pouvait être évitée lorsqu'un souscripteur de remplacement était trouvé à temps (4). Or, depuis 1966, la plupart des auteurs considèrent que la règle de la souscription intégrale du capital social n'est plus sanctionnée par la nullité de la société (5).

(1) Obs. Houin R.T.D.Com. 1969 - 1012.

(2) R.T.D.Com. 1969 - 1013.

(3) Traité Ripert et Roblot n° 919 et 1064 ; J.P. Sortais, note sous Com. 18.6.1973 Rev. Soc. 1973 p. 682.

(4) Pic et Kréher, Traité général théorique et pratique de droit commercial 1927, tome 2, n° 996.

(5) Traité Ripert et Roblot n° 1075 ; Bastian, La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. 1968-1-2183 n° 380 ; Nguyen Xuan Chanh D. 1968 p. 27 n° 10 et 31.

Ce régime spécial constitue un des signes de l'accentuation du particularisme des sociétés par actions (et des S.A.R.L.) par rapport aux sociétés en nom collectif et en commandite simple. L'intitulé du chapitre 6 de la loi de 1966 : "dispositions communes aux diverses sociétés commerciales dotées de la personnalité morale" tient de moins en moins ses promesses. A l'origine, l'article 361 instituait une nullité pour sanctionner le défaut de publicité des sociétés en nom collectif et en commandite simple ; désormais leur sont également réservées les nullités pour vices du consentement et incapacité, en vertu de l'article 360.

Peut-être que ce schisme entre les deux catégories de sociétés s'explique par la limitation des pouvoirs du Gouvernement en matière d'harmonisation. N'ayant reçu qu'une délégation limitée, son ordonnance a dû se restreindre à l'objet de la directive quant aux types de sociétés visées et quant aux mesures à prendre. Ainsi que l'ont dit des auteurs, la coordination communautaire se traduit sur le plan interne par l'incoordination alors que la procédure parlementaire eût permis de légiférer plus complètement (1). Il semble néanmoins plus plausible de discerner un recul progressif des mécanismes contractuels. Naguère, la société a pu être définie comme étant un contrat. Elle se meut aujourd'hui dans un cadre institutionnel.

B/ Les vices du consentement admis dans le droit des sociétés.

Aux termes de l'article 1109 du code civil : "il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol". Dans la perspective de l'étude entreprise, le vice de violence ne paraît pas pouvoir être retenu. La publicité réalise une information, tandis que la violence évoque l'idée de contrainte exercée sur la volonté d'une personne par la menace d'un mal considérable. Le consentement est vicié parce qu'il n'a pas été libre (2). Il faut d'ailleurs ajouter que la jurisprudence ne fournit

(1) Houin. R.T.D.Com. 1969 p. 1012 ; Sinay G.P. 1971-1 p. 149 n° 24.

(2) Breton, note D.P. 1926-1-12 ; E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, publié par H. Desbois et J. Gaudemet 1937, p. 64.

aucun exemple dans le droit des sociétés où la violence ait justifié une annulation. Ainsi qu'on a pu l'écrire : "l'hypothèse de la violence est académique, celle de l'erreur l'est moins, celle du dol ne l'est pas du tout" (1).

461

I - L'erreur.

L'erreur est rarement invoquée pour justifier le prononcé d'une nullité dans le droit des sociétés. Certains auteurs ne citent aucune décision s'y rapportant et soulignent son caractère théorique en la matière (2). Spécialement quant aux sanctions des irrégularités commises dans l'accomplissement des formalités de publicité, l'analyse de la jurisprudence qu'on a cru pouvoir invoquer (3) pour illustrer la nullité pour erreur révèle la justesse de leur scepticisme.

Par exemple, un arrêt de la Cour de Pau du 12.6.1952 (4) a été fréquemment cité. Il s'agissait d'un conseil d'administration qui avait déduit des bénéfices bruts, pour le calcul du bénéfice distribuable, la provision pour renouvellement des stocks et des dotations aux approvisionnements techniques. Mais il ne l'avait fait que pour le calcul du dividende ; pour le calcul des tantièmes, il réintégrait habilement cette provision dans les bénéfices. Cette manière de procéder avait duré de 1940 à 1949, jusqu'à ce qu'un nouveau conseil d'administration s'aperçût de la fraude et réclamât la restitution des sommes indûment perçues en vertu des délibérations de l'assemblée générale entachées de nullité. La Cour d'appel agréa la demande. Le pourvoi formé contre son arrêt fut rejeté (5).

-
- (1) Hémard, Terré, Mabilat, Sociétés commerciales, 1972, tome 1 p. 601, n° 664 ; Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, 1951, tome 2 n° 600 p. 108 ; thèse J. Hourtoulle, La souscription d'actions, 1942 p. 84 n° 116.
(2) Thèse J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 1962 n° 88 et s., p. 104 et s. Thèse J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, 1971, n° 119 et s., p. 205 et s.
(3) Thèse Roujou de Boubée préc. p. 255 ; thèse Noirel préc. p. 129.
(4) D. 1955-405 note Dalsace ; G.P. 1952-2-179.
(5) Com. 9.3.1955 Bull. 3 p. 73, n° 91.

Effectivement, les actionnaires trompés par une apparence régulière, n'avaient voté les tantièmes que parce que leur consentement avait été vicié. La solution était incontestable. Mais se fondait-elle sur une erreur pure et simple ? Les énonciations des deux décisions, d'appel et de cassation, permettent d'en douter. L'arrêt d'appel stigmatise le "subterfuge" des administrateurs qui s'est manifesté par une "réintégration habilement dissimulée" ; tandis que la Cour de cassation relève que "l'adoption des délibérations litigieuses n'avait été obtenue que par des manoeuvres qui ont déterminé dans ces circonstances le vote par les actionnaires des propositions du conseil d'administration soumises aux assemblées générales". Une application rigoureuse des principes doit conduire à discerner ici les éléments constitutifs d'un dol : les actionnaires ont été induits en erreur, certes, mais celle-ci a été provoquée par des manoeuvres (1).

Du point de vue des sanctions de la publicité, on constate donc une éviction naturelle de l'erreur par le dol. L'accomplissement irrégulier de formalités s'analyse toujours en une omission ou en une action pouvant être qualifiée de manoeuvre. Dans un cas, des affirmations mensongères ont amené une personne à faire une déclaration de volonté ; dans l'autre, un silence coupable a produit le même résultat (2).

Du reste, la prééminence du dol s'inscrit dans la logique de l'évolution du droit à l'information. Lorsque ce dernier était pratiquement inexistant ou à un stade embryonnaire, le domaine de l'erreur spontanée

(1) Le même raisonnement peut être tenu à propos d'un autre exemple cité par M. Roujou de Boubée (thèse préc. p. 255). Le tribunal de commerce de la Seine, jugement du 18.4.1928 (Rev. Soc. 1928-276) se refuse à retenir l'erreur invoquée par des souscripteurs tenus dans l'ignorance de certaines charges grevant des apports. Mais si le tribunal commence par motiver sa décision par le fait que l'erreur qui a pu être ne porte pas sur la substance même de la chose, il remarque également l'absence de manoeuvres frauduleuses. Idem pour l'arrêt de la Cour de Paris du 20.2.1904 (D. 1905-2-357) : "Le conseil d'administration a voulu, et de propos délibéré, favoriser quelques actionnaires au préjudice des autres".

(2) M. de Juglart, L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D. Civ. 1945 p. 1 et s. ; il y aurait dol chaque fois que l'une des parties aurait été victime d'une erreur, alors que son cocontractant était tenu de lui communiquer des renseignements qui auraient écarté cette erreur.

pouvait avoir une extension particulière puisque précisément la volonté des actionnaires devait s'exprimer dans l'ignorance. A partir du moment, au contraire, où le droit se préoccupe d'assurer une information plus complète, il restreint dans le même temps la possibilité d'erreur. Quand malgré tout, un vice du consentement subsiste, il résulte de l'inobservation des prescriptions légales. La réforme de 1966 renforce la valeur de cette constatation.

Indirectement, pourtant, on discerne une résurgence de la notion d'erreur. Elle provient des limites assignées au dol. Pour être retenu, celui-ci doit obéir à certaines conditions. Si elles ne sont pas réunies, l'erreur retrouve sa place dans le droit des sociétés comme vice du consentement ; mais, à titre subsidiaire.

463

II - Le dol.

Aux termes de l'article 1116 du code civil : "le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manoeuvres l'autre partie n'aurait pas contracté". C'est un moyen de nullité fréquemment avancé, surtout dans les souscriptions d'actions, et de préférence lorsqu'une société procède en cours de vie sociale à une augmentation de capital (1). La gravité du danger couru par l'épargne est telle que le législateur a érigé en infractions pénales les fraudes les plus fréquemment employées pour surprendre le consentement des souscripteurs. Mais les textes répressifs subordonnent les poursuites à des conditions très précises. La loi civile se montre moins exigeante.

Trois éléments doivent être réunis pour qu'il y ait dol : l'existence de manoeuvres frauduleuses, leur caractère déterminant, leur imputabilité au cocontractant. Le caractère déterminant des manoeuvres ne suscite pas de difficultés. Le demandeur en nullité doit établir le lien de cause à effet entre les manoeuvres et la déclaration de volonté. Il s'ag

(1) Escarra et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, tome 2 1951 n° 600 p. 108.

d'une question de fait appréciée souverainement par les juges du fond(1). Au contraire, la notion de manoeuvre frauduleuse et la question de leur imputabilité au cocontractant appellent de plus larges développements.

464

a) Les manoeuvres constitutives de dol.

Les manoeuvres consistent en des agissements frauduleux, déclarations mensongères, antérieures ou concomitantes à la manifestation de volonté viciée. Souvent, elles prennent la forme d'une émission de prospectus mensongers qui exagèrent sciemment l'importance des garanties apportées aux souscripteurs ou les chances de succès de l'entreprise ; ces faux renseignements s'accompagnant de la production de pièces inexistantes ou falsifiées (2).

Dans le cas d'une augmentation de capital, les juges du fond qui relèvent qu'une société anonyme, dans une situation financière désespérée, a ouvert une souscription d'actions nouvelles après avoir remplacé les actions originaires, dont la valeur était réduite à néant, par des actions de jouissance, dans le but de créer chez de futurs souscripteurs la conviction qu'elle avait connu une prospérité telle qu'elle avait pu rembourser le capital initial, peuvent déclarer nulle pour dol la souscription d'un actionnaire dont le consentement a été surpris par des informations fausses, concernant notamment les résultats d'exploitation, et par des énonciations mensongères publiées au B.A.L.O. (3).

En revanche, ne constituent pas des manoeuvres, des allégations sincères dont l'optimisme résolu aurait été démenti par les faits. L'absence d'un prospectus, par exemple, est d'être optimiste. Or, les circons-

-
- (1) Civ. 4.6.1946 J.C.P. 1947 - 3518 note Bastian, S. 1947-1-153 ; Com. 19.6.1961 Bull. n° 275, p. 237 ; Com. 26.4.1971 Bull. 4 n° 104 p. 95 ; Com. 19.7.1971 Bull. n° 217 p. 201.
- (2) Ainsi, la distribution de dividendes fictifs : Crim. 26.1.1871, S. 1872-1-95 ; Crim. 9.5.1885 S. 1885-1-521. Ou la production d'un faux bilan : Crim. 4.8.1933 S. 1935-1-159 ; Douai 18.4.1929 J. Soc. 1931-291. Ou des cotations fictives : Rouen 26.7.1912 R. Soc. 1913 p. 69, Trib. Corr. Seine 19.4.1893 R. Soc. 1893 p. 299.
- (3) Com. 3.12.1968 Bull. 4 n° 342 p. 309, D.S. 1969 somm. 55.

tances de fait génératrices de dol doivent révéler une intention de tromper (1).

465

Plus précisément, il convient de déterminer si la victime du dol peut seulement se prévaloir d'une attitude réticente ? La réticence se définit comme une simple abstention de nature à induire en erreur. Si une information plus complète avait été fournie, le consentement n'aurait pas été donné. Mais il reste à savoir quand la rétention peut tomber sous la qualification de dol ?

Certains auteurs paraissent l'exclure totalement. A les en croire, le dol exigerait l'exécution d'actes positifs : manœuvres ou mensonges ; il ne pourrait naître du silence (2).

D'autres voient, à l'inverse, dans les manœuvres de l'article 1116 du code civil, un élément secondaire. Le dol se caractériserait par l'intention de tromper. La notion sanctionnerait la déloyauté dans la formation des contrats. Les moyens employés ne seraient pris en considération qu'à titre probatoire (3). Une telle conception ne peut être acceptée. Comme l'expose Monsieur Ghestin (4) : "Elle est, en effet, exagérément extensive au point de faire complètement éclater la notion technique du dol. Elle conduit pratiquement à une application directe de la notion de bonne foi à la solution des espèces. Or, la bonne foi est une notion essentiellement morale. Elle ne peut agir sur le droit positif qu'au travers des mécanismes techniques qui constituent à la fois ses moyens d'action et ses limites. Le dol fait partie de ces mécanismes, mais il n'en peut constituer la synthèse sous peine de perdre du même coup la précision technique indispensable à son efficacité en droit positif. Le dol, erreur provoquée par manœuvres, mensonges ou réticences, permet d'atteindre les déloyautés les plus graves dans la formation des contrats. Ces déloyautés, en raison

(1) Escarra et Rault préc. n° 601 p. 110. ; Civ. 1°, 21.5.1958 Bull. 1 n° 263 p. 207 ; Civ. 1° 1.2.1960 Bull. 1 n° 67 p. 54 ; Civ. 1° 26.12.1960 Bull. 1 n° 563 p. 459 ; Civ. 2° 26.1.1961 Bull. 2 n° 78 (1) p. 54 ; Civ. 1° 6.2.1957 Bull. 1 n° 60 p. 50 ; Civ. 1° 26.11.1962 Bull. n° 502 p. 427 ; Com. 26.10.1968 Bull. n° 289 p. 259.

(2) Thèse M. Perrin, Le dol dans la formation des actes juridiques, 1931, p. 45 ; G. Lyon-Caen, R.T.D.Civ. 1946, p. 31, n° 7.

(3) Y. Fabre, Essai sur la nature juridique du dol dans la formation des contrats, thèse 1941 p. 55, n° 40 ; M. Bonassies, Le dol dans la conclusion des contrats, 1955, 2 volumes, spécialement p. 479 et p. 484-485.

(4) Thèse préc. n° 96 p. 115.

de leur gravité particulière, méritent d'être sanctionnées en elles-mêmes. Il en est tout différemment lorsque le silence, gardé de mauvaise foi, a seulement permis d'exploiter une erreur spontanée".

La plupart des auteurs s'en tiennent actuellement à une position intermédiaire fondée sur une définition plus complète de la réticence. Elle serait l'omission volontaire d'une chose qui devrait être dite. Il y aurait dol chaque fois que l'une des parties aurait été victime d'une erreur alors que son cocontractant était tenu de lui communiquer des renseignements qui l'auraient écartée. Ici, nul besoin de se référer à une obligation générale de renseignement qui, selon Monsieur de Juglart, existerait dans le droit positif français (1). L'obligation existe de par la loi. La conséquence en est une extension du domaine du dol. Au contraire, l'examen de la seconde condition semble introduire une restriction.

66

b) Le caractère personnel du dol.

L'article 1116 du code civil exige que les manoeuvres aient été pratiquées par l'une des parties à la convention. Le dol d'un tiers, hormis l'hypothèse de sa complicité avec le contractant (2), n'est pas une cause de nullité, contrairement à la solution qui prévaut en matière de violence. La règle s'explique par l'ambiguïté de la notion ; l'idée d'un dol, délit civil, ayant survécu et coexistant avec celle d'un dol, vice du consentement (3).

Sa mise en oeuvre dans le droit des sociétés risque de provoquer des difficultés puisque le demandeur en nullité fait face à tous les co-associés (4). On la conçoit dans certains types de sociétés où le nombre des associés est très restreint, parfois réduit au minimum de deux : société en nom collectif ou S.A.R.L. Elle devient illusoire dans les sociétés de capitaux, surtout les sociétés anonymes, qui peuvent comprendre un nombre élevé d'actionnaires. Le résultat semble d'autant plus fâcheux que c'est là que la fraude est davantage à redouter et qu'elle se réalise.

(1) Article préc., spécialement n° 14, p. 8.

(2) Req. 20.3.1883 S. 1884-1-417.

(3) Thèse Bonassies, préc. tome 2 p. 314 et s.

(4) Le même problème apparaît à propos de tous les actes collectifs. Thèse Roujou de Boubée préc. p. 257.

Pour éviter cet inconvénient, il a été fait remarquer que le dol du gérant d'affaire ou du représentant est opposable au représenté. Dès lors ne peut-on admettre que les cocontractants de qui doivent émaner les manoeuvres sont constitués non seulement par les autres associés mais encore par la société elle-même, représentée par ses fondateurs ou par ceux qui ont pouvoir pour traiter en son nom ? (1). La jurisprudence a d'abord hésité (2). Puis elle a accepté de se rallier à cette proposition (3).

Les difficultés persistent cependant lorsqu'est envisagé le cas des résolutions collégiales, en raison de l'impossibilité de découvrir un cocontractant. Dans un autre domaine que la publicité, à propos du concordat, la jurisprudence résout aisément le problème en recherchant si le dol a pour origine le débiteur : on n'isole pas la délibération au sein de la masse de l'accord entre cette masse et le débiteur. Mais comme le remarque Monsieur Roujou de Boubée : "Pareil subterfuge devient impossible dans la plupart des résolutions majoritaires. Que décider alors ?" (4). Sans indiquer explicitement la provenance des manoeuvres, les tribunaux décident pourtant d'annuler (5). Bien qu'apparemment difficile à fonder juridiquement, cette solution mérite d'être approuvée. Les raisons qui, en matière contractuelle, soutenaient la règle étudiée se retrouvent ici. Partout, il convient de se défier du bénéficiaire de la déclaration de volonté - le cocontractant - à condition qu'il existe ; ailleurs, une adaptation s'avère indispensable. Les dirigeants attendent de l'assemblée une approbation des résolutions qu'ils proposent. Les manoeuvres doivent donc pouvoir être appréciées par rapport à eux s'ils en ont retiré un avantage.

-
- (1) Thèse M. Conseil, La souscription et le versement dans les sociétés par actions. Paris 1939, p. 116 ; Copper-Royer, note sous Com. 1.4. 1952 D. 1952-685 ; Escarra et Rault, préc. n° 601 ; traité Ripert et Roblot n° 1064.
 - (2) Req. 10.2.1868 D.P. 1868-1-379.
 - (3) Paris 11.3.1885 J. Soc. 1887-177 ; Req. 30.7.1895 D. 1896-1-132 ; Civ. 15.6.1898 S. 1899-1-209 ; Req. 9.5.1905 D.P. 1908-1-476 ; Caen 28.6.1912 Rev. Soc. 1913-20 ; Req. 27.11.1945 J.C.P. 1946-2-2959 rapport Lescot ; Aix 9.2.1949 J.C.P. 1949-2-5068, J. Soc. 1949-398 ; Com. 3.12.1968 R.T.D.Com. 1969-530 ; Com. 26.4.1971 J.C.P. 1972-2-16986 note N. Bernard ; Com. 27.11.1972 C.P. 1973-259, Rev. Soc. 1973-502 note J.G., R.T.D.Com. 1973-590 ; Com. 18.6.1973 Rev. Soc. 1973-682 note J.P. Sortais.
 - (4) Thèse préc. p. 258.
 - (5) Grenoble 12.7.1899 D. 1901-2-262, résolution d'une délibération de conseil d'administration. Seine 21.7.1942 G.P. 1942-2-218, résolution d'une délibération d'assemblée extraordinaire d'actionnaires.

Section 2 - Régime juridique de l'action en nullité.

La nullité n'opère pas de plein droit. Elle doit être prononcée par un tribunal. Comme à propos des causes d'annulation, le régime de l'action apparaît dominé par la volonté du législateur de voir dans la nullité une sanction exceptionnelle. Ce caractère se manifeste du double point de vue de l'exercice de l'action et de ses effets par autant de dérogations apportées au droit commun. Parmi ces dernières, certaines sont spécifiques à la publicité.

§ 1. Les obstacles à l'exercice de l'action en nullité.

Justifiés par la prise en considération des inconvénients qu'engendre le prononcé de la nullité, des obstacles entravent l'action en annulation. Les techniques qu'ils empruntent diffèrent radicalement : les uns tendent seulement à interdire de se prévaloir de l'irrégularité commise ; les autres visent à corriger le vice.

Historiquement, le mécanisme de la prescription a répondu le premier à cette préoccupation. Cependant, même si la loi de 1966, accentuant une tendance de la législation antérieure (1), a encore réduit son

(1) Pendant longtemps, en l'absence de texte particulier, la jurisprudence assujettissait les nullités en matière de sociétés à la prescription trentenaire de l'article 2262 du code civil. Req. 5.5.1879- 8-1879-1-313, D. 1880.1-145 note Beudant. Puis l'article 3 de la loi du 1.8.1893 décida que l'action en nullité pour vice de constitution se prescrirait par dix ans. Enfin, l'article 8 du décret-loi du 30.10.1935 fixa la limite à cinq ans, à la fois pour ce qui concernait la formation régulière de la société que les actes et délibérations postérieurs. Néanmoins, certains auteurs considéraient que l'action en nullité pour défaut de publicité était imprescriptible ; H. Bosvieux, Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales. J. Soc. 1936-532. Par ailleurs, les nullités fondées sur un vice du consentement obéissaient à la prescription de l'article 1304 du code civil (délai de 10 ans ramené à 5 ans depuis la loi n° 68-5 du 3.1.1968.)

délai (1), la prescription est insusceptible de satisfaire pleinement à elle seule parce qu'elle laisse planer une trop longue période d'incertitude. La seconde technique utilisée pour se prémunir a consisté à insérer dans les statuts des clauses restreignant l'exercice des actions en nullité en subordonnant le déclenchement de l'instance à l'obtention d'un avis ou d'une autorisation d'un organe social. Mais parce que ces clauses aboutissaient à conférer au groupe majoritaire un pouvoir exorbitant qui risquait d'annihiler tout contrôle, la jurisprudence les condamna (2). Ces deux premiers obstacles à l'action en nullité, dont le point commun est l'interdiction de se prévaloir de l'irrégularité à sanctionner, ne présentent aucune particularité du point de vue de la publicité ; leur étude approfondie ne mérite donc pas d'être entreprise.

L'autre catégorie d'obstacles à l'exercice de l'action en nullité rassemble les moyens de droit qui visent à supprimer l'intérêt pour agir par la réparation de l'irrégularité commise. Une irrégularité, cause de nullité, peut, dans bien des cas, être réparée. Il est apparu trop sévère de ne pas autoriser cette réparation qui est susceptible de revêtir deux formes. D'abord, s'agissant d'une nullité relative, celle-ci peut disparaître par voie de confirmation dans les conditions du droit commun : elle est subordonnée à l'émission d'une déclaration de volonté dégagée de son erreur ou de son dol initial. La cause de la nullité ayant disparu, une simple attitude suffit. Ainsi, assister à une assemblée ou s'y faire représenter et voter en connaissance de cause valent renonciation à se prévaloir de l'inobservation d'un délai de convocation (3) ; de semblable façon, il a été jugé qu'un apporteur qui a fait partie du premier conseil

(1) Art. 367 loi 1966 : "Les actions en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, sous réserve de la forclusion prévue à l'article 365".

(2) Req. 11.7.1928 - J. Soc. 1930-3, S. 1931-1-137 note critique Lescot ; Douai 26.6.1930. J. Soc. 1932-318 ; T.C. Seine 17.1.1949 S. 1949-2-161 note Dalsace. Houpin et Bosvieux, n° 1427.

(3) Cass. 25.5.1886 D. 1887-1-379.

d'administration et qui est resté actionnaire pendant une longue période de temps, sans formuler aucune protestation ni observation, ne saurait alléguer une erreur qui aurait vicié son consentement (1). L'article 159 alinéa 2 de la loi de 1966 confirme d'ailleurs ces solutions à propos des irrégularités de convocation en disposant que "l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés". Les faits démontrent en effet que la violation des formes et délais (2), visés par l'alinéa premier du même texte, n'a eu aucune incidence. Mais surtout, le droit permet d'engager à titre principal une procédure qui tend à faire cesser toute incertitude sur la validité d'un acte ou d'une délibération viciés et d'aboutir soit à sa régularisation, soit à son annulation. Ce procédé concerne directement les actions en nullité qui seraient fondées sur la violation des règles de publicité.

A/ La genèse du mécanisme de la régularisation.

En droit commun, un acte est détruit pour l'avenir parce qu'il était vicié dans le passé. En droit des sociétés, on tempère la rigueur du principe. La nullité qui affecte un acte peut disparaître, non seulement parce que ceux-là mêmes qui seraient habiles à l'invoquer y renoncent, mais encore parce que le vice a cessé. Ainsi que le soulignait excellemment un auteur : "dès lors qu'en cas de nullité effectivement prononcée, on maintient somme toute la société dans le passé à une époque où le vice a existé, on ne comprendrait pas qu'on détruise la société à présent que le vice a cessé" (3).

Le législateur a voulu prendre en considération le caractère propre de la société dont les effets ne s'épuisent pas en un instant. Il

(1) T.C. Seine 29.11.1928, J.C.P. 1929-643.

(2) Com. 30.4.1968 J.C.P. 1968-15695 note N. Bernard, R.T.D.Com. 1969-309 ; Rennes 23.2.1968 - J.C.P. 1969-16 122 note Paillusseau et Contin.

(3) A. Weill, note J.C.P. 1951-2-6494, sous T.G.I. Strasbourg, 25.5.1951.

fut précédé dans cette voie par la jurisprudence qui, déjà sous l'empire de la loi de 1867, admettait qu'une nullité disparût du fait de l'accomplissement tardif des formalités de publicité. Mais encore convenait-il d'apporter quelques nuances. On refusait alors l'action aux créanciers dont les droits étaient nés postérieurement à la régularisation, et non aux autres (1). De même, estimait-on inopérante la publicité réalisée après la signification de l'exploit introductif d'instance, le demandeur possédant un droit acquis à obtenir un jugement rendu conformément à la situation existante au jour de la demande. Sur le plan législatif, introduite en 1893 dans le droit des sociétés, la régularisation allait aboutir en 1966 à la disparition de la nullité dans la quasi-totalité des cas. La loi du 1.8.1893 qui modifiait l'article 8 de la loi de 1867, s'exprimait en ces termes : "L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister" ... puis, ..."Si pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée". Toutefois, l'application de ces mesures aux nullités encourues pour inobservation des formalités de publicité était controversée (2). Le décret-loi du 30.10.1935 y remédia. Le principe de la régularisation était désormais énoncé par l'article 58 de la loi de 1867 de façon très large : "L'inobservation des formalités de dépôt et de publicité prescrites aux articles précédents entraînera la nullité de la société sous réserve des régularisations prévues à l'article 8" (3). Les textes ajoutaient : "Le tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même d'office, fixer un délai pour couvrir la nullité".

Ces dispositions ne devaient constituer qu'une étape de l'évolution.

-
- (1) Thèse M. Conseil préc. p. 59 ; thèse Barthas préc. p. 90 ; Cass. 10. 2.1879 S. 1881-1-210 ; Civ. 20.12.1882 S. 1883-1-198, D. 1883-1-301 Douai 8.2.1906 J. Soc. 1906 p. 505. Contra : Hémard, préc. n° 133. La nullité était considérée comme couverte erga omnes lorsqu'une renonciation émanait de tous les créanciers antérieurs.
- (2) Bésieux préc. J. Soc. 1936 p. 529.
- (3) Art. 8 nouveau loi 24.7.1867 et art. 10 loi 7.3.1925 pour la S.A.R.L. Thèse Barthas préc. p. 88 et s.

470

B/ Le mécanisme de la régularisation dans la loi du 24.7.1966.

La loi du 24.7.1966 reprend et développe les techniques de régularisation (1). Celle-ci se conçoit normalement dans le cadre d'une procédure en annulation ; elle peut aussi être envisagée en dehors.

471

I - La réparation du vice au cours d'une action en nullité.

Dérogeant aux règles ordinaires de procédure, le législateur accepte en matière de nullité de société que la réparation du vice, postérieurement à l'introduction de l'instance, suffise à éteindre l'action. L'explication en est très simple : c'est la demande en justice qui peut révéler le vice. Les articles 362 à 364 de la loi de 1966 étendent les solutions dégagées en 1935 à toutes les sociétés et à toutes les causes de nullité sauf à celle fondée sur l'illicéité de l'objet social. Les principales caractéristiques de ce mécanisme sont les suivantes.

Le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, ne peut prononcer cette sanction moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance. Ce "moratoire général" doit permettre au défendeur de régulariser l'acte vicié (2). Il se renforce par la faculté offerte au tribunal de fixer d'office un délai supplémentaire. Enfin, si pour couvrir la nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée, et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal doit accorder le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision (3).

(1) Houin et Coré D.S. 1967-123 ; Sinay Rev. Soc. 1966-246. Thèse C. Dupeyron, La régularisation des actes nuls, 1973. Com. 12.11.1973. Bull. n° 322, p. 287, R.T.D.Com. 1974-297 obs. Houin.

(2) Nguyen Xuan Chanh préc. p. 43.

(3) Art. 363 loi 1966.

Ce ne sont que les jugements rendus sur le fond en première instance qui font obstacle à l'action (1). Il faut entendre par là les jugements qui, faisant droit de plano à la demande, prononcent la nullité, ou ceux qui interviennent alors que les défendeurs n'ont pas utilisé le délai qui leur avait été imparti par la juridiction saisie pour procéder à une régularisation. Toute autre décision, qu'elle soit préparatoire, interlocutoire ou provisoire ne s'oppose pas à l'accomplissement ultérieur et efficace des formalités. Conséquence de ces prémisses, la nullité ne peut plus être réparée au cours de la procédure d'appel ou de cassation. Il en découle un inconvénient, à supposer, par exemple, qu'une Cour d'appel estime, contrairement aux affirmations des premiers juges, qu'un vice subsiste. On doit regretter que dans une hypothèse de ce genre, la régularisation n'ait pas été prévue.

472

II - La régularisation indépendamment d'une action en nullité est réalisée par la mise en oeuvre de deux méthodes différentes. La première est dirigée contre des sujets de droit et a pour objet de dissiper l'incertitude qu'engendre l'existence du vice. Il semblerait donc qu'on aboutisse à une confirmation. En réalité, le mécanisme utilisé échappe, pour une grande partie, à la volonté de la personne protégée. La confirmation, si elle intervient, est provoquée ; et, dans le cas contraire, le droit de critiquer l'acte peut être annihilé par la suppression de l'intérêt pour agir. La seconde modalité tend à faire disparaître directement la cause de nullité.

473

La régularisation de l'article 365 de la loi du 24.7.1966. Dans le cas d'une nullité fondée sur un vice du consentement ou sur l'incapacité d'un associé, c'est-à-dire une irrégularité qui ne pourrait normalement disparaître que par voie de confirmation, l'alinéa premier de l'article 365 accorde à toute personne y ayant un intérêt le droit de met-

(1) Art. 362 loi 1966 ; Civ. 4.1.1944, J. Soc. 1947-285.

tre en demeure celui qui est susceptible de critiquer l'acte, "soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion".

Du fait de la mise en demeure, l'intéressé se trouve obligé de prendre rapidement parti. Alors qu'il disposait auparavant d'un délai de trois ans pour l'exercice de l'action en nullité, il est contraint désormais de se décider dans les six mois. On attend de lui qu'il confirme. S'il ne s'y résigne pas, les désagréments de la nullité pourront néanmoins être évités. A cet effet, le deuxième alinéa de l'article 365 prévoit que : "la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi... toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux". Dans cette éventualité, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société. Enfin, le dernier alinéa du même article précise : "En cas de contestation, la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé est déterminée conformément aux dispositions de l'article 1868, alinéa cinq, du code civil".

4 La suppression directe de la cause de nullité : articles 6 et 366 de la loi du 24.7.1966.

5 D'après l'article 6 alinéa second de la loi de 1966 : "Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements ou si une formalité prescrite par ceux-ci pour la constitution de la société - l'alinéa trois y ajoute la modification des statuts - a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution - ou de la modification -. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins". En ce qui concerne la constitution, la disparition des causes de nullité des sociétés par actions (et S.A.R.L.)

fondées sur l'inobservation des mesures de publicité réduit l'intérêt de la présente disposition, alors qu'elle conserve toute sa signification eu égard aux modifications statutaires. Mais, quelles que soient les circonstances, elle permet de rectifier des irrégularités. L'article 4 du décret n° 67.236 précise son champ d'application : "Si une ou plusieurs énonciations exigées par la loi ou les règlements ne figurent pas dans les statuts, le tribunal ordonne que ceux-ci soient complétés dans les mêmes conditions que celles requises lors de la constitution de la société. Si une formalité prescrite par la loi ou les règlements pour la constitution de la société ou la modification des statuts a été omise ou irrégulièrement accomplie, le tribunal ordonne qu'elle soit accomplie ou refaite. Il peut en outre ordonner que toutes les formalités qui ont suivi celle omise ou entachée d'un vice, ou certaines d'entre elles seulement, soient également refaites".

476

L'article 366 de la loi de 1966 généralise la solution précédente à propos de la publicité. Aux termes de ce texte : "Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder, dans le délai fixé par décret. A défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation, par décision de justice, d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité". Précisant la loi, l'article 253 du décret n° 67.236 dispose que le délai est de treize jours à compter de la mise en demeure.

Une manifestation de volonté serait cherchée en vain à la source de cette validation ; elle résulte de la correction objective du vice. En ce sens, elle évoque la jurisprudence passée qui décidait que la nullité d'une délibération pouvait être couverte par la réunion d'une assemblée régulièrement constituée (1).

(1) T.C. Seine 1.2.1916 J. Soc. 1918-265 ; Paris 12.5.1926 J. Soc. 1927-44 ; ainsi, un arrêt de la chambre commerciale du 12.11.1973 écarte toute discussion de la régularité d'une décision d'un conseil d'administration dont le procès-verbal n'avait pas été réellement signé par un des administrateurs, dès lors qu'elle a été maintenue par une délibération nouvelle et incontestée du conseil, puis entérinée par l'assemblée générale. Bull. 4 n° 322 p. 287, R.T.D.Com. 1974 p. 297.

§ 2. Les effets de la nullité.

Malgré la limitation des cas de nullité et le domaine très étendu des procédures de confirmation ou régularisation, le prononcé de la nullité ne se trouve pas totalement exclu. Si on souhaite alors que la nullité sauvegarde les intérêts de celui qui l'invoque, il faut que ses effets retentissent contre tous sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les associés et les tiers. Conformément aux principes traditionnels, une fois la nullité déclarée, tous devraient pouvoir s'en prévaloir contre tous (1).

Cependant, les mêmes motifs qui justifiaient les restrictions précédentes, relatives à l'exercice de l'action en annulation, réapparaissent ici. La jurisprudence puis la loi ont dû atténuer les contrariétés qu'aurait engendrées l'application du droit commun. L'observation vaut particulièrement pour la nullité de la société puisqu'elle a provoqué l'élaboration de la théorie des sociétés de fait. Mais cet aspect doit être délaissé, en ce qui concerne les sociétés par actions (et S.A.R.L.) car la publicité n'est jamais sanctionnée par leur nullité. Dans tous les autres cas, une première atténuation, de nature procédurale, tient à la possibilité offerte aux personnes qui n'ont été ni parties ni représentées à l'action d'exercer une tierce opposition pendant trente ans (2). Ensuite, la doctrine et la jurisprudence ont toujours reconnu la nécessité de respecter les droits des tiers. La loi du 24.7.1966 (3) poursuit dans une voie identique. Aux termes de l'article 369 : "Ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Néanmoins, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence".

(1) Japiot, préc. p. 637.

(2) Art. 583 et art. 586 du nouveau code de procédure civile institué par le décret n° 75.1123 du 5.12.1975. En vertu de l'article 253-1 du décret n° 67.236, la tierce opposition contre les décisions prononçant la nullité d'une société n'est recevable que pendant un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire au B.O.D.A.C.; mais il a déjà été dit que la nullité de la société anonyme (ou S.A.R.L.) ne sanctionne pas la publicité.

(3) Reprend les articles 14 de la loi du 7.3.1925 et 58 de la loi du 24.7.1867 dans leur rédaction du décret-loi du 30.10.1935.

478

La portée de l'exception au principe de la préservation des droits des tiers demande à être précisée. En effet, la jurisprudence avait toujours admis que la nullité pour cause de dol fût inopposable aux tiers de bonne foi (1). Le texte nouveau laissait donc présager un revirement certain. Or, il n'en a rien été. La chambre commerciale de la Cour de cassation persiste à refuser à la victime d'un dol la possibilité de l'invoquer contre le syndic au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens d'une société (2).

Dans son arrêt du 18.6.1973 (3), la Cour rejette un pourvoi formé contre une décision qui avait déclaré inopposable à la masse des créanciers la nullité d'une souscription à raison d'un dol commis par le président à l'occasion d'une augmentation de capital. Les motifs se réfèrent à l'article 1116 du code civil : La Cour d'appel "déclare à bon droit que le dol n'étant une cause de rescision d'une obligation qu'autant qu'il a été pratiqué par celui au profit duquel l'obligation a été contractée, la souscription à une augmentation de capital demeure valable envers les tiers créanciers qui ont traité avec la société et n'ont pas à subir les conséquences des manoeuvres dolosives dirigées par les dirigeants sociaux contre le souscripteur mais auxquelles ces créanciers sont restés étrangers". En réalité, les conditions de l'annulation étaient satisfaites. Le dol émanait du représentant qualifié de la société. Le seul problème à résoudre était de savoir si une telle nullité pouvait être opposée aux tiers. L'article 1116 du code civil ne pouvait être d'aucun secours (4).

(1) Req. 10.2.1868 D.P. 1868-1-379, S. 1868-1-149 ; Req. 25.5.1886, D.P. 1887-1-379 ; Req. 27.3.1939, D.H. 1939-356 ; Req. 27.11.1945, S. 1946-1-3, J.C.P. 1946-2-2959 rapport Lescot ; Aix 9.2.1949, J.C.P. 1949-5068 ; Com. 1.4.1952, R.T.D.Com. 1952-634, D. 1952-685 note critique Copper-Royer.

(2) Com. 18.6.1973, Rev. Soc. 1973-682 note J.P. Sortais, R.T.D.Com. 1973-826 obs. Houin ; Com. 26.4.1971, R.T.D.Com. 1972-416 obs. Houin.

(3) Préc.

(4) Hémard, Terré, Mabilat, préc., tome 1, n° 666, p. 602 ; note Sortais préc.

79

En définitive, la solution d'explique par le droit propre que les créanciers sociaux se voient reconnaître sur les apports constitutifs du capital social (1) et par les principes de la suspension des poursuites individuelles ainsi que du dessaisissement. La suspension des poursuites individuelles justifie que l'exercice du droit soit dévolu au syndic en sa qualité de représentant de la masse des créanciers (2). Quant aux raisons pour lesquelles certaines exceptions ne peuvent être opposées par les actionnaires, elles dérivent du dessaisissement. Chaque fois qu'ils invoquent une exception que les tiers n'avaient pas les moyens de connaître, ils se prétendent en quelque sorte créanciers de la société. Dans l'espèce citée précédemment, l'actionnaire avait libéré ses titres mais réclamait la restitution des fonds versés motif pris de la nullité de sa souscription.

(1) Obs. Houin, R.T.D.Com. 1973-826 ; note J.P. Sortais, préc. ; thèse Cozian, L'action directe, 1969, n° 50 et 51, p. 35 et 36.

(2) Com. 11.5.1964, D. 1965-443 note Prévault, R.T.D.Com. 1964-858.

CHAPITRE III - L'INOPPOSABILITE.

480

Les formalités de publicité ne contribuent pas nécessairement à la formation d'actes juridiques, de telle sorte que la nullité trouve ici une première limite. En outre, sa rigueur excessive a conduit le législateur à l'enfermer dans un régime de défiance. La sanction naturelle de la publicité consiste plutôt en une opposabilité ou inopposabilité selon que les prescriptions légales ont été respectées ou non. La notion a surtout été dégagée sous son aspect négatif. Auteur d'un "essai d'une théorie générale de l'inopposabilité", Monsieur le professeur Bastian la définit comme : "l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique" (1).

On a souvent souligné l'analogie qui l'unit à la nullité relative (2). Dans les deux hypothèses, le droit de critique n'est accordé qu'à certaines personnes. Mais alors que celles-ci ne peuvent être qu'une des parties à l'acte dans la nullité relative, l'inopposabilité ne peut être invoquée que par des tiers. De surcroît, une différence fondamentale les sépare quant à leurs effets. En principe, l'acte nul tombe à l'égard de tous et rétroactivement. Plus nuancée, l'inopposabilité n'altère pas les rapports entre les parties, seuls les tiers protégés sont autorisés à se prévaloir de l'inefficacité, si tel est leur intérêt. Ces considérations expliquent le discrédit de l'une et la faveur grandissante dont jouit l'autre (3).

Si l'inopposabilité apparaît la sanction normale du défaut de publicité, le raisonnement a contrario amènerait à conclure que la publicité est créatrice d'opposabilité. Toutefois cette conclusion demeure discutée. C'est mieux traduire la réalité que d'affirmer que la corrélation est imparfaite.

(1) Thèse 1929 p. 3 ; R. Roblot. Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial, in *Mélanges Voirin* p. 710.

(2) Bastian préc. p. 282 et s., p. 351 et s. ; Japiot, préc. p. 33 et s. ; thèse P. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, 1968 p. 14 n° 14.

(3) Y. Serra. Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68.151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés. D. 1973 p. 97.

Section 1 - L'inopposabilité : sanction de l'inaccomplissement de la publicité.

La publicité établie par le législateur peut avoir une double fonction. La première consiste simplement et exclusivement à informer les tiers de faits qu'ils peuvent avoir intérêt à connaître : telle, la publication des comptes sociaux. Outre ce rôle essentiel, la publicité peut contribuer à la réalisation d'effets de droit par l'inopposabilité : en l'absence de publicité, un acte ou un fait est inefficace à l'égard des tiers (1).

A priori l'idée de divulgation qu'exprime le mot publicité semble de nature à exclure que l'information puisse avoir une valeur quelconque dans la réalisation des effets d'un acte. Ne suppose-t-elle pas leur préexistence ? S'écarter de cette conception a pu apparaître en conséquence à certains auteurs comme la négation du sens de la publicité et l'institutionnalisation d'un nouveau formalisme (2). En réalité, il ne peut s'agir que d'une solennité particulière. Une forme solennelle est requise pour la protection des parties aussi bien que des tiers : tous peuvent se prévaloir de son absence. Ici, la publicité n'est édictée qu'en faveur des tiers. Sans la publicité, l'acte reste en quelque sorte incomplet, inachevé ; il n'atteint son maximum d'efficacité qu'avec elle. Tel est le principe attaché à l'observation des prescriptions légales ; il connaît néanmoins certaines exceptions.

§ 1. Le principe de l'inopposabilité attaché à l'inaccomplissement de la publicité.

L'inopposabilité peut être appréhendée de deux façons. Par sa source ; elle résulte de l'inaccomplissement d'une formalité de publicité. Ou plutôt, l'inopposabilité précède la publicité. Cette inefficacité qui

(1) Bastian, thèse préc. p. 25.

(2) P. Moeneclaey, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, thèse, Lille, 1914, p. 119.

frappe un acte est un vice originaire car elle l'affecte dès sa confection et subsiste jusqu'à l'observation des règles légales. Lesquelles ? Le droit français a connu une évolution sur ce point. Ensuite, l'inopposabilité se traduit par des effets propres. Quelles personnes en bénéficient et comment ?

A/ La source de l'inopposabilité.

Traditionnellement, en droit français, le défaut d'inscription au registre du commerce entraînait l'inopposabilité. Ainsi, d'après l'article 16 du décret du 27.12.1958, les personnes physiques ou morales assujetties à l'inscription à ce registre ne pouvaient se prévaloir jusqu'à l'accomplissement de cette formalité de la qualité de commerçant (1). L'article 18 du même texte, modifié par le décret du 19.4.1966 reprenait une sanction identique à l'encontre d'un certain nombre d'actes ou de jugements afférents à l'état des personnes commerçantes, à leur régime matrimonial, à la cessation ou à la révocation des pouvoirs de toute personne ayant qualité pour engager leur responsabilité. Enfin, le droit des sociétés ajoutait à la liste : le jugement prononçant la nullité ou la dissolution ; la clause d'intérêt fixe - clause interdite en principe par l'article 348 de la loi de 1966 sauf lorsque l'Etat a accordé aux actions la garantie d'un dividende minimum - ; ou la décision prise par l'assemblée des associés au cas de perte des trois-quarts du capital social. La prééminence reconnue au registre du commerce était certaine (2). L'article 18 précité disposait en effet que l'inopposabilité s'appliquait même dans l'hypothèse où les actes ou jugements "auraient fait l'objet d'une autre publicité légale".

(1) Trib. Pontoise 13.10.1964, R.T.D.Com. 1965-85 obs. Jauffret.

(2) A. Jauffret, Les réformes récentes du registre du commerce, R.T.D.Com. 1969 p. 405 et 406.

Le décret du 23.3.1967 relatif au registre du commerce allait généraliser ces solutions. Selon son article 43 : "Les personnes assujetties à l'immatriculation au registre du commerce ne peuvent, dans leur activité commerciale, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre" (1). Puis l'article suivant confirmait que : "les dispositions de l'article 43 sont applicables aux faits ou actes sujets à mention au registre du commerce même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale". Effectivement, bien que la législation française connût une double publicité, chronologiquement effectuée d'abord au registre du commerce puis au B.O.D.A.C., aucun effet n'était attribué à la dernière.

484

L'entrée en vigueur de la directive européenne du 9.3.1968 a entraîné un bouleversement des principes antérieurement admis relativement aux sociétés par actions (et aux S.A.R.L.). Le paragraphe 4 de son article 3 prévoit une formalité à satisfaire : les indications énumérées au paragraphe deux "font l'objet dans le bulletin national désigné par l'Etat membre, d'une publication soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre". Le paragraphe précédent en édicte la sanction : "Les actes et indications ne sont opposables aux tiers par la société qu'après la publication visée au paragraphe 4, sauf si la société prouve que ces tiers en avaient connaissance. Toutefois, pour les opérations intervenues avant le seizième jour suivant celui de cette publication, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance". Le bulletin officiel, c'est-à-dire en France le B.O.D.A.C., devait se substituer au registre du commerce, du point de vue de son rôle.

(1) Rouen 30.11.1967 G.P. 1968-1-267, R.T.D.Com. 1968-641. Le droit français se trouvait ainsi en harmonie avec le code de commerce allemand § 15, le code civil italien article 2193 al. 1 et le code suisse des obligations article 933 al. 2.

Pour réaliser cette harmonisation, l'article 1 alinéa premier de l'ordonnance du 20.12.1969 a créé un nouvel article 4-1 au sein de la loi du 24.7.1966 (1) : "En ce qui concerne les opérations des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions intervenues avant le seizième jour de la publication au B.O.D.A.C. des actes et indications soumis à cette publicité, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance".

485

L'interprétation du texte actuel prête à discussion (2). Pris à la lettre, il ne paraît pas innover. L'article 3 alinéa 5 de la directive se compose en effet de deux propositions dont chacune énonce une règle propre. Or, dans l'article 4-1 alinéa 1 de la loi de 1966, il n'en subsiste plus qu'une : pendant un délai de seize jours à compter de la publication au B.O.D.A.C., les tiers peuvent soutenir que les actes et indications publiés ne leur sont pas opposables s'ils prouvent leur impossibilité d'en avoir eu connaissance. Ne faut-il pas y voir uniquement un tempérament à un principe inchangé ? D'ailleurs, celui-ci reste formulé expressément par quelques dispositions éparses de la loi de 1966 : l'article 48 qui renvoie à l'article 20 pour la cession des parts de S.A.R.L., ou encore l'article 391 alinéa 3 pour la dissolution.

En réalité, cette analyse exégétique trahit la directive. On doit la rejeter (3). Dorénavant, l'inopposabilité est attachée à la mention au B.O.D.A.C.. Elle peut même être différée pendant seize jours au profit des tiers de bonne foi.

(1) Il peut paraître curieux que ces dispositions aient été insérées parmi les principes fondamentaux posés en matière de société par les articles 1, 2, 3 et 5 de la loi de 1966, alors que précisément l'article 4 renvoie au décret pour les formalités de publicité. Il est vrai qu'il s'agit d'un problème d'opposabilité aux tiers. Pareillement, l'article 8 alinéa 2 de la loi traite aussi de l'inopposabilité des nominations et cessations de fonction des représentants de la société.

(2) J. Lugan, De l'opposabilité aux tiers en matière de sociétés commerciales, C.P. 1969-1-183.

(3) Obs. Houin R.T.D.Com. 1969 p. 1011 ; Hémard, Terré, Mabilat D. 1970 p. 45 à 64.

Le principe du maintien de l'inopposabilité pendant un délai de seize jours après la publicité s'explique aisément. Il pare ainsi aux effets de la distorsion, inévitable en pratique, entre la connaissance que laisse présumer la publication et la réception effective de l'information. Le procédé n'est pas exceptionnel en droit français. Par exemple, dans le droit des incapables majeurs, les jugements qui portent ouverture, modification ou mainlevée de la tutelle, ne sont opposables aux tiers que deux mois après leur mention en marge de l'acte de naissance de la personne protégée (1). Pareillement, dans le droit de la famille, la décision d'homologation d'une modification de régime matrimonial produit effet à l'égard des tiers trois mois après son inscription à l'acte de mariage(2). Le système évoque également celui qui est utilisé à propos des contraventions. Les décrets ou arrêtés qui les établissent sont censés connus à Paris un jour franc après publication au journal officiel et, dans chaque arrondissement, un jour franc après l'arrivée de ce journal au chef-lieu. Mais le contrevenant est recevable à invoquer son ignorance de l'incrimination pendant un délai de trois jours à dater de la promulgation (3).

Il faut pourtant observer que la prolongation de l'inopposabilité risque de se heurter ici à une difficulté de preuve. Certes, tous les moyens sont admissibles, cependant le fait à démontrer est négatif. De surcroît, l'impossibilité visée par le texte s'entend par rapport à l'information au sens large. Le tiers ne saurait se contenter d'invoquer une impossibilité de consulter le B.O.D.A.C.. Il devrait encore justifier de n'avoir pu s'adresser au greffe compétent pour obtenir une copie ou extrait de l'inscription au registre du commerce. L'argument qui renforce cette interprétation tient à ce que le droit allemand, qui a inspiré cette disposition, est établi en ce sens : L'article 15 § 2 du code de commerce exige de démontrer une impossibilité absolue d'avoir connaissance des textes publiés pour pouvoir écarter les effets de la publication (4).

(1) Art. 493-2 du code civil ; la même solution doit certainement être encore admise à propos de la curatelle car l'article 509 du code civil soumet son ouverture à la même publicité.

(2) Art. 1397 al. 3 du code civil. A. Rieg et F. Lotz, La publicité en matière de régimes matrimoniaux J.C.P. 1973 2570 éd. N.

(3) Art. 2 et 4 décret 5.11.1870.

(4) P. Van Ommeslaghe, cahiers de droit européen 1969 p. 551.

Enfin, le domaine du principe du maintien de l'inopposabilité pendant un délai de seize jours après la publicité doit être précisé exactement. En effet, il semble qu'il subisse une restriction en ce qui concerne la nomination et la cessation de fonction des dirigeants. L'article 8 alinéa second de la loi de 1966 (1) dispose que "la société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes visées ci-dessus (les dirigeants), tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées". A défaut de toute autre indication supplémentaire, semblable à celle exprimée à l'article 4-1 de la loi de 1966, force est de conclure ici que la publicité met fin à l'inopposabilité sans possibilité de prolongation.

Tout en conférant à la publicité réalisée par le bulletin national une importance plus grande, la directive européenne a refusé néanmoins que lui soit reconnue une supériorité absolue. Cela se manifeste dans les règles retenues en cas de discordance entre les informations données par les divers instruments de publicité (2).

En premier lieu, les Etats membres ont été conviés à prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute disparité entre la teneur de la publication dans la presse et celle du dossier ou du registre. La réglementation française s'y était conformée par avance en confiant au greffier lui-même le soin d'établir les avis à insérer au B.O.D.A.C. et de les adresser à l'administration des journaux officiels. Cette procédure réduit les risques d'erreur sans pourtant les éliminer totalement. Dès lors, la question se pose de savoir quelle forme de publicité doit l'emporter sur l'autre s'il y a contradiction ?

Deux considérations ont guidé le choix d'une solution. D'une part, la publication a lieu sur la base du dépôt ou de l'enregistrement et il est vraisemblable que les erreurs se produisent au niveau de la formalité chronologiquement postérieure. Mais, d'autre part, il faut éviter

(1) Modifié par la loi n° 67-16 du 4.1.1967.

(2) Art. 3 al. 6 directive.

que les tiers supportent les conséquences de la discordance alors qu'ils ont pu légitimement accorder confiance aux mentions publiées dans le bulletin.

A cet effet, l'ordonnance du 20.12.1969 a introduit dans la loi de 1966 un nouvel article 4^{ter} dont l'alinéa second reprend les termes de l'article 3 § 6 alinéa 2 de la directive : "Si, dans la publicité des actes et indications concernant les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, il y a discordance entre le texte déposé au registre du commerce et le texte publié au B.O.D.A.C., ce dernier ne peut être opposé aux tiers ; ceux-ci peuvent toutefois s'en prévaloir, à moins que la société ne prouve qu'ils ont eu connaissance du texte déposé au registre du commerce". Pour analyser la solution, il convient de se placer successivement du côté de la société et du côté des tiers. La société ne peut opposer aux tiers les indications qui figurent au B.O.D.A.C.. Le tiers peut entendre bénéficier de ce qui est indiqué au registre du commerce ou s'il y trouve intérêt, des mentions du B.O.D.A.C.. Dans cette dernière hypothèse, la société est recevable à prouver que le tiers a eu connaissance des informations du registre. Ces règles cherchent à établir un équilibre entre les intérêts opposés de la société et des tiers. On doit redouter néanmoins qu'elles constituent un véritable nid à procès en raison de la très grande difficulté à démontrer la connaissance subjective d'un fait.

B/ Les effets de l'inopposabilité.

L'inopposabilité prive l'acte ou le fait de tous ses effets susceptibles de porter préjudice aux tiers. Il est donc essentiel de préciser exactement la notion de tiers. Le concept a surtout été défini en matière d'acte juridique (1) par antithèse à celui de partie, en fonction

(1) Thèse Bastian préc., p. 5 ; thèse J.M. Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, 1951, p. 16 et s. ; étude du centre Montpellierain du droit de l'entreprise sous la direction de J. Calais Auloy, La protection des tiers dans le droit des sociétés, R.T.D.Com. 1971 p. 29 et s.

d'un critère fondé sur la participation à un acte : les parties étant tous ceux qui ont accompli un acte par eux-mêmes ou par leurs représentants, et les tiers étant les étrangers à la confection de cet acte. S'agissant non plus seulement d'actes juridiques mais aussi de faits, la définition doit recevoir une formulation élargie : les tiers sont alors les personnes qui n'ont aucunement contribué à la réalisation des actes ou des faits en cause.

Dans la mesure où la protection des tiers le réclame, l'inefficacité qui naît de l'inopposabilité peut même être totale. Elle peut être invoquée contre toute personne qui voudrait se prévaloir de ce qui n'a pas été publié : les représentants légaux de la société, leurs ayants-cause ou des tiers qui auraient renoncé à l'inopposabilité (1). Au contraire, l'inopposabilité reste en principe sans influence sur les rapports des personnes non protégées : l'acte ou le fait peut subsister dans son intégralité à leur encontre, seule l'exécution de l'acte pourrait être entravée dans la mesure où elle mettrait en cause des tiers protégés.

489

§ 2. Les exceptions au principe de l'inopposabilité attaché à l'inaccomplissement de la publicité.

L'inopposabilité autorise les tiers à ignorer un acte ou un fait. Mais encore faut-il préciser la portée de cette règle. Théoriquement il y aurait trois manières différentes de la concevoir. La première pourrait consister à établir une présomption absolue et irréfragable en faveur des tiers. La société serait privée de toute possibilité d'opposer les faits non publiés nonobstant la connaissance qu'en aurait pourtant le tiers cocontractant. C'est ainsi qu'en matière de donations, l'article 1071 du code civil énonce que : "Le défaut de publication ne pourra être

(1) Bastian, thèse préc., p. 62 et s., et p. 77 et s. ; Japiot, thèse préc. p. 756 et 757.

suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la publication". Pareillement, la société d'études législatives, consciente des risques de la solution contraire, avait préconisé qu'une inopposabilité absolue sanctionnât la non-publicité (1). Une solution moins stricte amènerait à affirmer une présomption relative de bonne foi : la société pourrait invoquer un fait non publié chaque fois que le tiers aurait pu ou dû le connaître. Enfin, selon une troisième conception : il faudrait toujours rapporter la preuve que le tiers a connu le fait non publié de manière effective et certaine.

Autrement dit, peut-on se contenter d'une connaissance de fait substituée à la publicité organisée par la loi ? A s'en tenir au but de la publicité - dispenser une information - une réponse affirmative s'imposerait. Peu importerait comment l'objectif serait atteint (2). En contrepartie, l'admission d'une telle équivalence risquerait de ne pas satisfaire la sécurité dans les relations d'affaires. Monsieur le professeur Bastian avait déjà pris conscience du dilemme (3) : "Au point de vue d'une législation uniquement fondée sur l'équité, la solution affirmative ne saurait faire de doute : la publicité est faite pour instruire ceux qui ne savent pas et non ceux qui savent. Mais permettre la preuve de la connaissance réelle ne va pas sans les plus graves inconvénients. La protection de ceux qui ont publié leur droit risque de perdre toute sa force et son utilité s'il est possible d'engager des procès sur la connaissance personnelle des tiers ; si on peut l'invoquer dans tous les conflits, à quoi bon la publicité ? Et puisqu'une présomption légale de connaissance pèse sur les tiers après accomplissement des formalités prescrites, à l'inverse ils doivent bénéficier d'une présomption irréfragable d'ignorance tant que ces formalités n'ont pas été observées. Entre ces deux tendances, le choix se montre particulièrement délicat car c'est en somme une des phar-

(1) Bull. Soc. études législatives 1931 p. 349 ; R. De La Haye, R.T.D.Com. 1949 p. 451.

(2) P. Moeneclaey préc. p. 100.

(3) Thèse préc. p. 90-91.

ses de la lutte du droit moderne, qui est formaliste en vue d'éviter les procès, et des règles juridiques dont l'application est théoriquement excellente, mais peut susciter d'interminables discussions judiciaires".

En présence d'un tel choix, le droit a récusé un formalisme trop strict. L'article 17 du décret du 27.12.1958 enlevait déjà au tiers le bénéfice de l'inopposabilité si la preuve était rapportée, qu'au moment où il avait traité, il avait eu personnellement connaissance des actes ou jugements non publiés. Les textes actuels poursuivent en ce sens. A plusieurs reprises, la directive européenne du 9.3.1968 écarte la sanction de l'inopposabilité malgré le défaut de publicité légale. Ainsi, l'article 3 mentionne dans ses paragraphes 3 et 6 le cas des tiers qui avaient connaissance ou dont on prouve qu'ils avaient connaissance du texte ou de l'information non publiés. La connaissance de fait supplée alors le défaut de publicité légale. Le sens de cette dérogation doit être précisé d'avantage.

Faut-il assimiler au tiers qui a connaissance, celui qui sans avoir connaissance des actes ou indications, aurait dû en être informé ? Une contradiction semble régner dans le texte de la directive. Alors que les articles 3-1 et 8 envisagent la connaissance réelle, l'article 9-1 alinéa 2 dispose que les restrictions aux pouvoirs des organes résultant de l'objet social sont par dérogation au droit commun opposables aux tiers non seulement si la société démontre que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social mais encore si elle prouve qu'il ne pouvait l'ignorer.

Pour Monsieur Van Ommeslaghe (1), la différence de rédaction serait purement fortuite. Selon lui, il est incontestable que les rédacteurs de la directive visaient les tiers de "bonne foi" mais ils ont évité à dessein l'emploi de cette expression en raison de sa signification incertaine et des interprétations divergentes qu'elle aurait suscitées. Or, la mauvaise foi, suivant le droit commun, lorsqu'elle se rapporte à la

(1) Article préc. p. 551 et 552.

connaissance d'un acte ou d'un fait existe non seulement dans le cas d'une connaissance effective mais encore dans l'hypothèse où celle-ci aurait dû être. Un argument décisif peut être avancé en faveur de cette thèse : la démonstration subjective de la connaissance s'avère pratiquement impossible et on ne peut que la déduire de présomptions.

En droit interne, il convient toutefois d'atténuer la rigueur de cette interprétation. Elle se révèle exacte dans une situation : lorsqu'un tiers, dans le délai de seize jours suivant la publication au B.O.D.A.C., a demandé la nullité d'un acte, le tiers ne peut plus demander la nullité de l'acte. L'article 4-1, alinéa 1, de la loi de 1966 l'y autorise à condition de démontrer l'impossibilité d'avoir eu la connaissance. La sévérité se justifie alors par la dérogation qu'il s'agit de justifier. Pareille exigence ne se conçoit plus quand le tiers invoque le bénéfice de l'inopposabilité. L'alinéa second de l'article 4-1 de la loi de 1966 abonde en ce sens. Dans la solution du conflit qui oppose la société et les tiers, relativement à une discordance entre le texte déposé au registre du commerce et celui publié au B.O.D.A.C., il réserve la possibilité d'établir la connaissance réelle par les tiers.

491

Section 2 - L'efficacité à l'égard des tiers des actes et délibérations publiés.

Les législations étrangères posent en général deux principes : l'inopposabilité des faits non publiés et l'opposabilité des faits publiés (1). A l'inverse, le droit français n'envisageait pendant longtemps que l'aspect négatif de la publicité. Était-ce à dire que ce silence équivalait à un rejet ? L'opinion eut des défenseurs (2). Mais très rapi-

-
- (1) Art. 15 § 2 du code de commerce allemand ; art. 2193 alinéa 2 du code civil italien ; art. 993 al. 1 du code des obligations suisse.
(2) Saint Alary, La réforme du registre du commerce. J.C.P. 1954-1-1153.
R. De la Haye, Le registre du commerce dans les pays du Marché commun R.T.D.Com. 1960 p. 60.

dement, elle essuya aussi des critiques. Une partie de la doctrine soutint que le principe de l'opposabilité au cas de publicité découlait implicitement du principe de l'inopposabilité au cas de défaut de publication. En effet, le passage d'une situation d'inopposabilité à une situation d'opposabilité se réalise du seul fait de la publicité. Celle-ci ne constituerait-elle pas d'ailleurs une fin de non recevoir à l'inopposabilité ? Or, il n'existe aucune transition entre les deux états qui ne se comprennent chacun que par rapport à l'autre. Les termes de l'article 4-1 de la loi de 1966 le corroborent au besoin. Pendant un délai de seize jours à compter de leur publication, les actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance. L'interprétation ne laisse subsister nul doute sur l'opposabilité qu'engendre la publicité.

Une fois la règle énoncée, il reste à s'interroger sur sa portée. On a affirmé précédemment que la publicité ne saurait avoir en principe qu'un rôle d'information sans pouvoir rien changer à la réalité, de sorte que, malgré une apparence de régularité, une situation juridique puisse être infectée d'un vice. Le droit français connaît pourtant des cas dans lesquels la publicité couvre une irrégularité. La publicité est parfois créatrice de droit et contribue alors à assurer la sécurité et la rapidité des transactions commerciales. Cependant, un principe inverse prévaut la plupart du temps et quelquefois même la publicité est impuissante à créer l'opposabilité. Fort curieusement, il arrive que cette solution soit également justifiée par le souci de protéger les transactions commerciales.

§ 1. La publicité créatrice de droit : la purge des irrégularités des actes de nomination des organes.

Parce que la publicité ne saurait avoir en principe qu'un rôle d'information sans pouvoir rien changer à la réalité, une situation juridique peut être infectée d'un vice malgré une régularité apparente. Le

droit cambiaire s'est préoccupé le premier de remédier aux inconvénients que cela risquait de susciter. En vue d'assurer la sécurité des transactions, l'inopposabilité protège les tiers contre les conséquences d'une irrégularité (1).

Des motifs identiques, la nécessité de garantir la validité des engagements pris par les représentants d'une société, ont inspiré au législateur une disposition nouvelle. L'article 8 alinéa 1 de la loi de 1966 prévoit que : "Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée". La publication de l'entrée en fonction d'un dirigeant purge tous les vices et irrégularités qui peuvent affecter sa nomination. Cette règle éminemment protectrice des tiers a été, elle aussi, empruntée au projet de première directive européenne (2). Mais elle s'écarte de son modèle sur un point : elle n'excepte pas le cas où les tiers connaîtraient l'irrégularité de la nomination. Deux sortes d'objections ont été formulées à l'encontre de cette innovation.

Premièrement, du fait qu'il appartient aux dirigeants de publier leur nomination, ils disposent ainsi du moyen de couvrir eux-mêmes les irrégularités au détriment des associés. C'est la contrepartie inévitable de la sécurité des tiers. En présence de l'obligation de choisir entre des intérêts contradictoires, le législateur a fait prévaloir ceux des tiers. Mais, n'était-ce pas déjà ce qui se produisait par application de la théo-

(1) Art. R. Roblot, préc., in *Mélanges Voirin* p. 721 : "D'innombrables explications ont été proposées pour tenter d'en rendre compte, et c'est même principalement en vue de justifier ce résultat qu'ont été élaborées la plupart des théories générales sur les titres à ordre. L'idée la moins artificielle est pour nous celle qui rattache la règle au rôle de l'apparence dans les institutions commerciales. Le titre lancé dans la circulation, parce qu'il constitue une apparence à laquelle les tiers doivent pouvoir se fier, possède une valeur propre, indépendante de la volonté qui lui a donné naissance. Pour éviter les recherches et les discussions sur la cause et la valeur de sa création cette apparence, à l'égard des tiers, est détachée de la volonté qui l'a engendrée".

(2) Article 10.

rie du mandat apparent ? (1). D'ailleurs il ne faut pas croire que les associés soient désarmés. Ils conservent la possibilité de mettre en oeuvre la responsabilité des dirigeants indécis.

En second lieu, des difficultés d'interprétation risquent de s'élever relativement à la notion d'irrégularité. Le terme désigne évidemment les irrégularités de procédure et postule qu'il n'y ait pas absence pure et simple de formalités. Dans cette mesure, Monsieur le professeur Houin adopte une conception résolument restrictive : les termes "régulièrement publiés" de l'article 8 s'entendraient de tout l'ensemble des formalités légales de publicité, soit l'inscription au registre du commerce, le dépôt au greffe et la publication au B.O.D.A.C. . Leur accomplissement serait exigé dans son intégralité (2). La protection des tiers requiert moins de rigueur. Dès lors que la nomination a été connue par l'un des moyens de la publicité légale, on devrait déclencher le mécanisme élaboré par la loi dans son article 8. Enfin, on a pu se demander s'il convenait d'étendre cette disposition aux nominations irrégulières en raison d'une incapacité ou incompatibilité? A priori, l'esprit de la loi milite en ce sens. Le dirigeant incapable engage la société de la même manière que le ferait un dirigeant de fait. Il doit suffire de se reporter aux documents publiés pour avoir toute certitude sur l'habilitation des représentants sociaux.

§ 2. La publicité impuissante à créer une situation de droit : l'inopposabilité aux tiers de certaines situations publiées.

En droit romain, les tiers étaient renseignés sur la naissance d'une obligation par les "verba", les "litterae" ou la "res" qui en constituaient l'origine ; ils l'étaient sur le transfert de propriété par la "mancipatio", l'"in jure cessio" ou la "traditio". La forme apparaissait

(1) Ass. plén. 13.12.1962 J.C.P. 1963-2-13105 note Esmein ; Com. 21.5.1968 R.T.D.Com. 1968-1080 ; Com. 9.3.1970 et Civ. 1^o 7.1.1970 R.T.D. Com. 1970-719 ; Civ. 1^o 28.10.1969 R.T.D.Com. 1970-428 ; Com. 23.1.1973 Bull. 4 n^o 35 p. 30.
(2) R.T.D.Com. 1969 p. 1010.

comme la "causa" de l'engagement ; elle était la réalité même. Le formalisme créait l'obligation (1). L'organisation de la publicité foncière en droit allemand reste attachée à ce modèle : à la fois mode d'attribution et mode de preuve des droits (2). Répudiant un formalisme aussi strict, le droit français assigne à la publicité un rôle d'information et de protection des tiers, sans aucun effet, en principe, sur l'existence ou la transmission des droits (3). Une dissociation s'instaure donc entre la réalité et ce qui est publié. Certes, un système de vérification et de sanctions préventives garantit le plus souvent que l'extériorisation est conforme à la réalité représentée. Mais ce résultat n'est pas toujours atteint. L'inopposabilité interdit normalement que les tiers puissent se voir opposer la réalité. Ce principe comporte néanmoins quelques exceptions. Autant que les formalités de la publicité légale, le droit commercial prend parfois en considération les situations de fait. Dans cette perspective, l'inopposabilité assure alors la protection des tiers qui ont fait confiance à une apparence (4).

Par ailleurs, dans l'intention d'assurer la sécurité des tiers et de ne pas compromettre la rapidité des transactions, le législateur a parfois refusé que la publicité fût créatrice d'opposabilité. En dépit de son extériorisation, l'information demeure inopposable aux tiers. Conçue à l'origine dans un souci de simplification des relations d'affaires (5),

(1) Calais - Auloy étude préc. p. 16 n° 2.

(2) La jurisprudence allemande actuelle tend d'ailleurs à assimiler l'effet des inscriptions au registre du commerce à celui des inscriptions au registre foncier.

(3) Marty et Raynaud, Droit civil, tome 3, 1° vol., éd. 1971 n° 573 p. 357 et n° 694 p. 442. Même en matière immobilière, une acquisition faite en connaissance d'une précédente cession constitue une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière. Civ. 3°, 30.1.1974, G.P. 28 et 30 juillet 1974 note A. Planqueel.

(4) Art. R. Roblot préc. p. 720 et s.

(5) Thèse Moeneclaey préc. p. 62 : "A ceux qui reprochent à la publicité comme le font à toutes formalités quelles qu'elles soient d'être en opposition au principe d'économie de temps, on pourrait répondre, au contraire, qu'elle le favorise : il n'est pas possible, semble-t-il de mettre en balance les manœuvres de toutes espèces, les investigations multiples auxquelles devrait se livrer celui qui voudrait être fixé sur l'existence ou non-existence d'un contrat qui l'intéresse et dont il désirerait connaître la teneur exacte, les détours qu'il lui faudrait suivre, en un mot, avec l'unique démarche que doit faire, par exemple, celui qui s'est rendu acquéreur d'un immeuble pour épargner aux tiers tous ces inconvénients : se rendre à un endroit connu, la conservation des hypothèques et y faire transcrire son contrat".

la publicité est jugée ici insuffisante pour réaliser ce but. Ce phénomène s'est manifesté à propos de l'inefficacité à l'égard des tiers des clauses des statuts qui restreignent les pouvoirs normaux des organes de direction.

494

A/ Inopposabilité aux tiers des actes et délibérations publiés, contraires à la réalité.

La publicité ne met pas obstacle à ce que les tiers puissent appréhender la réalité qui ne lui correspondrait pas. La société, en particulier, ne saurait arguer de l'opposabilité pour l'interdire. "La loi ne se contente pas de respects verbaux et l'hypocrisie est un hommage qui ne lui suffit pas" (1).

La doctrine et la jurisprudence énoncèrent cette solution fréquemment à propos de la qualification de l'objet social. La première, représentée notamment par M. Cordonnier estimait ne pouvoir admettre : "qu'une société dont l'objet tel qu'il est défini par les statuts, est régulier, puisse impunément se livrer en fait à une activité déclarée illicite par la loi" (2). Ce que les tribunaux confirmaient en saisissant la réalité derrière l'apparence (3). Aujourd'hui, la loi confirme expressément cette solution pour la détermination du siège social. Selon l'article 3 alinéa 2 de la loi de 1966 : "Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu". La volonté des associés n'a donc pas assez de force pour contraindre les tiers à accepter un siège social, de même que la seule intention, non suivie d'effet, de fixer son habitation principale en tel lieu n'est pas constitutive d'un domicile.

(1) M. Rodière, R.T.D.Com. 1961 p. 616 et 617.

(2) L'objet social, D. 1952-171.

(3) Toulouse 3.4.1941, J.C.P. 1942-2-1954 ; Paris 21.11.1951, S. 1952-2-105 concl. Gégout ; Lyon 13.6.1960, D. 1961-148 note Goré, J.C.P. 1961-1-12103 note Boitard ; Civ. 2°, 15.7.1970, Bull. n° 247 p. 187 ; Com. 12. 12.1972, Bull. n° 331 p. 307. A propos de la détermination de la nationalité : Civ. 1° 18.4.1972, Bull. 1 n° 104 p. 94. A propos du siège social : Aix 17.6.1969, R.T.D.Com. 1969-572.

Pareillement, la prise en considération de la réalité opposée à ce qui en est publié se manifeste en matière de constatation des délibérations d'assemblées ou conseils. Quelle force ont les procès-verbaux rédigés à cette occasion ? Avant 1966, on recourait à une distinction. Le principe était qu'ils supportaient la preuve du contraire. Mais une stipulation dérogatoire pouvait avoir été insérée dans les statuts. Si tel était le cas, le contenu d'un procès-verbal régulier s'imposait de façon absolue aux membres de la société. En revanche, cette convention d'ordre interne ne liait pas les tiers qui étaient donc recevables à combattre par tous moyens les mentions portées au procès-verbal (1). Depuis 1966, il semble que ce dualisme doive être remis en cause. L'obligation de dresser un procès-verbal régulier résulte maintenant de la réglementation légale (2). Au surplus, l'abrogation de l'article 39 du code de commerce par l'article 505 de la loi signifie que la preuve est libre. Puisqu'il est possible de prouver outre et contre cet écrit, à plus forte raison son absence peut être suppléée(3). En ce sens, la Cour de cassation a récemment admis qu'une Cour d'appel déduisit la réalité de l'apport en société d'un fonds de commerce d'un ensemble de circonstances de fait : l'apporteur du fonds s'était fait radier du registre du commerce ; la société bénéficiaire avait satisfait aux obligations de publicité de sa constitution en prenant l'enseigne du fonds de commerce comme raison sociale, s'était installée dans les locaux du fonds exploité par l'apporteur dès le lendemain de la cessation d'activité de ce dernier, avait conservé le numéro de téléphone et le même compte de chèques postaux qu'utilisait l'apporteur, et enfin les activités exercées par l'un et l'autre ne se distinguaient pas (4).

(1) Thèse P.G. Gourlay, Paris, 1971, Le conseil d'administration de la société anonyme, p. 192 et s.

(2) Art. 9, 42, 85, 109, 149 et s., décret n° 67-237. Rép. Min. 7611 J.O. déb. A.N. 13.11.1969 p. 3621 ; Rép. Min. 1503 J.O. déb. A.N. 5.11.1968 p. 3973.

(3) Paris 5.3.1926, Rev. Soc. 1926-415, G.P. 1926-2-132 ; Trib. civ. Seine 7.7.1947, J.C.P. 1948-4060 note Toujas. S'agissant de l'établissement d'une feuille de présence : Civ. 1° 12.10.1967, D.S. 1968-107, Bull. n° 295 p. 221, R.T.D.Com. 1968-93 obs. Houin.

(4) Com. 3.11.1970 Bull. mens. d'information des sociétés n° 10, octobre 1971. Le défaut de publicité aura pour effet de ne pas faire courir le délai imparti aux créanciers pour déclarer leurs créances. Com. 14.10.1958, Bull. n° 346 p. 290.

B/ Inopposabilité aux tiers des clauses statutaires régulièrement publiées, concernant les pouvoirs des dirigeants.

Les rédacteurs de la loi de 1925 sur les S.A.R.L. ont emprunté au droit allemand la disposition célèbre de l'article 24 alinéa deux : Les gérants ont reçu tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances ; toute limitation contractuelle de leurs pouvoirs, même régulièrement publiée, a été déclarée sans effet à l'égard des tiers. Puis à partir de ce texte, la jurisprudence a élaboré des solutions qui se sont éloignées parfois sensiblement du modèle étranger. Le cercle des bénéficiaires a d'abord été entendu largement : la société fut déclarée engagée même à l'égard des tiers qui connaissaient, en contractant, la limitation statutaire des pouvoirs (1). En revanche, le gérant n'était pas recevable à se prévaloir de la règle légale pour accomplir un acte dépassant ses attributions (2). Puis la détermination des dispositions inopposables a fait l'objet d'une distinction qui cherchait à combiner l'intérêt des tiers et celui de la société : les limites de l'activité sociale s'imposaient à tous (3). Au contraire, la répartition légale des pouvoirs entre les organes de la société ne pouvait être modifiée (4).

Les avantages pratiques de ce système ont souligné les inconvénients de la règle inverse qui subsistait dans les autres types de sociétés. La publicité régulière des clauses restrictives de pouvoirs entraînait leur opposabilité (5). On constata alors des efforts de la jurisprudence pour en réduire la portée. Le droit de la responsabilité fut utilisé

(1) T.C. Seine 12.1.1928 D. 1928-2-193 note Pic ; Trib. Civ. Belfort 19.11.1958 J.C.P. 1959-2-10987.

(2) Com. 17.10.1962 J.C.P. 1963-2-13086 note J.R.

(3) T.C. Lyon 1.9.1950 J. Soc. 1952-38, Trib. civ. Béthune 16.2.1960 J.C.P. 1961-2-12049 Rev. Banque 1961-316 obs. Marin.

(4) Com. 19.10.1960 J.C.P. 1961 - 11893, G.P. 1960-2-322.

(5) Cass. 22.12.1874 D. 1875-1-255 ; Cass. 16.8.1875 D. 1876-1-422 ; Req. 5.11.1900 D. 1902-1-5 ; Req. 21.3.1910 J.Soc. 1910-398 ; Civ. 14.12.1925 S. 1926-1-5 note Bourcart ; Paris 14.11.1930 S. 1933-2-90. Même solution lorsqu'en l'absence de publicité régulière, les tiers avaient eu personnellement connaissance de ces clauses : Req. 31.10.1887 S. 1890-1-218.

en premier. Les tribunaux ont affirmé l'inefficacité à l'égard des tiers de ces clauses : soit en déclarant la société responsable en qualité de commettant des actes de son organe considéré comme préposé sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du code civil (1) ; soit, plus souvent, en retenant contre la société une faute qui engageait sa responsabilité(2). Puis, récemment, la Cour de cassation a retenu l'engagement de la personne morale en l'absence de toute faute sur le fondement d'un mandat apparent, dès lors que la croyance des tiers dans l'étendue des pouvoirs de l'organe paraissait légitime (3), et cela, même en cas de dépassement de l'objet social (4).

497

La valeur de ces procédés était toutefois incertaine. Seule une réforme législative pouvait satisfaire pleinement les exigences de la pratique. Elle a été entreprise sur le double plan européen et national.

Dans le cadre de la Communauté économique européenne, le projet de directive soumis par la Commission au Conseil des ministres le 21.2.1964 proposait l'extension de la règle de l'inopposabilité, des S.A.R.L. aux sociétés par actions (5), et décidait que la société serait engagée par les actes dépassant l'objet social si le tiers avait eu de justes motifs de croire qu'ils rentraient dans les limites de cet objet (6).

(1) Req. 8.5.1940 G.P. 1940-2-85, J.C.P. 1941-2-1610 note Bastian.

(2) Req. 14.1.1920 S. 1920-1-272 ; Req. 16.5.1927 S. 1928-1-41 note Bourcart ; Com. 27.11.1956 G.P. 1957-1-212.

(3) Ass. plén. civ. 13.12.1962 J.C.P. 1963-2-13105 note Esmein, Bull. n° 2 p. 3, R.T.D.Com. 1963-333 obs. Houin, D. 1963-277 note Calais-Auloy ; Com. 29.3.1966 Bull. n° 179 p. 154 ; Com. 19.5.1969 Bull. n° 180 p. 176 ; Com. 21.5.1968 R.T.D.Com. 1968-1080 ; Com. 9.3.1970 Bull. 4 n° 88 p. 83 ; Lescot, Le mandat apparent J.C.P. 1964-1-1826.

(4) Com. 23.4.1969 R.T.D.Com. 1969-1022.

(5) Art. 9, 10 et 11 de la directive ; Dorat des Monts, J.C.P. 1965-1-1896

(6) Art. 11-1 al. 2 de la directive. De tous les pays du Marché commun, seule l'Allemagne accordait au gérant de la S.A.R.L. un pouvoir de représentation illimité. § 37.2 G.M.B.H. Gesetz. Rapport Berkhouwer : "La théorie de l'organe du droit allemand répondant ainsi beaucoup mieux au besoin de sécurité du droit et pour tout dire des rapports de droit, surtout au niveau du Marché commun, que ne le fait la théorie du mandat du droit romain, dans laquelle la préférence donnée à l'associé ou à l'actionnaire se traduit obligatoirement par des entraves aux rapports de droit entre la société et le tiers et par un amoindrissement de la sécurité du rapport, la Commission de la C.E.E. s'est largement inspirée de la conception allemande". Document de séance du Parlement européen du 9.5.1966 n° 53, p. 35.

La loi du 24.7.1966 bornait toujours le pouvoir légal de représentation des organes de gestion à l'objet social, conformément à la conception classique du droit français de la spécialité de l'activité des personnes morales de droit privé. Cependant, le désaccord apparut de façon accrue avec la publication du texte définitif de la première directive le 9.3.1968. Selon les termes de son article 9¹ : "La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes. Toutefois, les Etats membres peuvent prévoir que la société n'est pas engagée lorsque ces actes dépassent les limites de l'objet social, si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve". L'omnipotence des dirigeants à l'égard des tiers apparaissait désormais illimitée. Le principe de la spécialité des personnes morales semblait abandonné. En réalité, on aboutissait à la création d'un nouveau cas d'inopposabilité. A côté de l'inopposabilité aux tiers des limitations statutaires des pouvoirs des organes sociaux, venait s'ajouter l'inopposabilité aux tiers d'une limitation légale de leurs pouvoirs : celle concernant l'objet social.

498

L'ordonnance du 20.12.1969 a réalisé l'harmonisation du droit français. Le président du conseil d'administration (1) ou du directoire(2), le gérant d'une S.A.R.L. (3) ou d'une société en commandite par actions(4) sont dorénavant investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que les tiers savaient que l'acte dépassait

(1) Art. 113 loi 1966 ; art. 98 alinéa 1 loi 1966 pour le conseil d'administration.

(2) Art. 124 loi 1966.

(3) Art. 49 loi 1966.

(4) Art. 255 loi 1966.

cet objet ou qu'ils ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Cette dernière faculté a été inspirée par le désir de faciliter la sanction des collusions frauduleuses entre les tiers et les représentants de la société. La démonstration d'une fraude n'est pas nécessaire, celle de la connaissance suffit. Mais il est vrai que cette preuve doit s'avérer difficile. Eventuellement, le mécanisme de la fraude pourrait réapparaître : elle permettrait de donner effet à une limitation statutaire. Même si les textes ne la prévoient pas, la solution semble certaine ; elle se fonde sur un principe général du droit : *Fraus omnia corrumpit* (1).

(1) En ce sens : Paris 28.11.1929 J. Soc. 1930-430 note H.L.

TITRE SECOND : LES RESPONSABILITES ENCOURUES POUR VIOLATION DES REGLES

CONCERNANT LA PUBLICITE.

99

L'octroi ou le refus de jouissance de la personnalité morale à une société est une sanction au domaine très restreint : l'immatriculation au registre du commerce. Le prononcé de la nullité s'avère quant à lui souvent inefficace et insuffisant car les auteurs intentionnels ou négligents de l'irrégularité ne sont ni plus ni moins atteints que l'ensemble des associés ; d'ailleurs, la nullité n'est encourue que de manière exceptionnelle, d'où une extension de l'inopposabilité. Mais la privation d'effets qui résulte de ces trois sanctions apparaît par trop orientée contre la société. Même pour les tiers, ces sanctions ont le tort d'être conçues négativement. Aussi la responsabilité civile ou pénale les complète fort opportunément. L'une, s'attache à désintéresser la victime du préjudice qu'elle a subi du fait de l'irrégularité : elle prend en considération l'effet de l'illicéité, l'atteinte à un droit subjectif. L'autre se préoccupe avant tout de l'obligation violée et de la gravité de la violation : elle perçoit le fait générateur de responsabilité en lui-même, dans sa signification intrinsèque.

Toute personne à qui a été causé un dommage peut obliger celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. En matière de publicité, ce principe général se traduit ainsi : toute personne qui du fait d'une absence de publicité ou d'une publicité tardive, inexacte ou incomplète éprouve un préjudice peut obliger celui ou ceux qui avaient la responsabilité de l'accomplissement légal des formalités à l'indemniser. Il importe donc de déterminer soigneusement à qui incombe de mettre en oeuvre la publicité. Leur position prédestine naturellement les personnes qui exercent des fonctions au sein de la société à assumer le rôle de défenseur dans l'action en responsabilité. Mais d'autres encore s'y prêtent lorsqu'elles ont participé à un titre quelconque à l'émission de l'information.

Section I - La responsabilité des personnes qui exercent des fonctions au sein de la société.

Parmi les personnes qui exercent des fonctions au sein de la société, ce sont essentiellement les dirigeants qui sont le plus exposés aux actions en responsabilité que peut susciter un mauvais accomplissement des formalités de publicité. Mais pas davantage que l'ancienne, la loi nouvelle ne précise le fondement de cette responsabilité. Au gré de ses articles elle considère les dirigeants comme des mandataires ou des organes de la société (1). A cette incertitude semble apparemment s'ajouter une

(1) Burgard, Direction générale et direction technique des sociétés anonymes, 1968 n° 24 ; thèse J.P. Berdah, Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions, 1974.

contradiction. D'un côté se manifeste le souci que cette responsabilité soit effective mais, appliquée sans nuance, elle risquerait de se retourner contre les actionnaires et les créanciers en paralysant les dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions (1). En réalité, l'objection vaut essentiellement quand il convient d'apprécier la régularité de la gestion sociale. Elle perd ici toute valeur. L'information constitue un impératif auquel on ne saurait déroger par commodité.

Pour définir le cercle des personnes responsables, la loi invite à distinguer deux situations, selon que l'irrégularité se situe lors de la période constitutive ou pendant la vie sociale.

502

§ 1. Responsabilité encourue pour une irrégularité commise lors de la période constitutive.

L'inobservation des formalités légales de publicité au cours de la période constitutive est susceptible d'occasionner un préjudice à certaines personnes qui peuvent alors actionner les responsables en dommages intérêts. Normalement, deux hypothèses devraient être envisagées. L'irrégularité entraîne parfois l'annulation de la société et celle-ci provoque un dommage. On le conçoit encore dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple. Ailleurs, puisqu'un défaut de publicité ne justifie plus le prononcé de cette nullité, la responsabilité qui y ferait suite disparaît totalement (2). Elle subsiste en revanche à titre de sanction autonome.

Aux termes de l'article 7 de la loi du 24.7.1966 : "Les fondateurs de la société, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement res-

(1) Thèse D. Veaux, La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales. 1945.

(2) Art. 41, 242 et 370 loi 1966.

pensables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société".

Ce régime de responsabilité a été institué par le Parlement lorsque fut décidé de remplacer le contrôle judiciaire par une déclaration de constitution régulière déposée au registre du commerce avant l'immatriculation. Il n'opère aucune discrimination selon que le vice a été ou non réparé. Son principal intérêt réside dans la solidarité qu'il édicte entre les personnes responsables. La même règle existe déjà à l'égard de ceux qui auraient accompli des actes juridiques au nom de la société en formation, dans le cas où celle-ci refuserait de reprendre ces engagements. Contractants ou non, les tiers se trouvent donc particulièrement bien protégés au cours de la période constitutive. Ici, la solidarité lie les fondateurs, les premiers membres des organes de gestion, d'administration et de surveillance c'est-à-dire, suivant le cas, les premiers membres du conseil d'administration, le président et le directeur général, ou les membres du conseil de surveillance et du directoire. Y échappent, en revanche : les premiers commissaires aux comptes car ils n'ont pas la charge de contrôler la régularité de la constitution de la société. Un argument en ce sens peut être excipé de la rédaction de l'alinéa deux de l'article 7 qui, à la différence de l'alinéa précédent, retient en cas de modification statutaire la responsabilité des organes de contrôle.

§ 2. Responsabilité encourue pendant la vie sociale.

Selon l'article 283 alinéa 1 du décret n° 67.236 : "Les formalités de publicité sont effectuées à la diligence et sous la responsabilité des représentants légaux des sociétés" (1). Ce rôle prééminent des organes de direction n'a pourtant pas pour effet d'éclipser totalement l'action

(1) Supra n° 117.

des autres rouages de la société et d'éluder toute éventualité de responsabilité à leur rencontre. Bien au contraire, celle-ci apparaît comme étant la nécessaire contrepartie de leurs pouvoirs.

504

En premier lieu, on conçoit la mise en cause des commissaires aux comptes. Ils ont certainement à répondre tant à l'égard de la société ou des associés que des tiers, des conséquences dommageables des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. En raison de la plus grande précision qu'au paravant des règles du contrôle censorial, la preuve des manquements est facilitée. Au besoin, les Conseils régionaux des Compagnies de commissaires aux comptes sont susceptibles de contribuer à cette démonstration, en donnant leur avis au tribunal saisi (1).

La jurisprudence se montre pourtant extrêmement réticente dans l'appréciation du lien de causalité entre la faute et le dommage. Elle l'a maintes fois rejeté aux motifs que le préjudice se serait produit même en l'absence de faute du commissaire (2). Effectivement, cette responsabilité ne saurait se substituer à celle des dirigeants. Elles se complètent. La négligence des commissaires aggrave les conséquences de l'irrégularité commise par les dirigeants (3).

(1) Article 38-6° décret 12.8.1969.

(2) Paris 8.3.1932, S. 1934-2-84, G.P. 1932-1-925 ; Com. 14.10.1959, J.C.P. 1959 - 11308 note Nectoux ; T.G.I. Lyon 5.2.1973, Bull. Cons. national des commissaires aux comptes juin 1973, p. 263.

(3) Art. 234 loi 1966 ; Guyon et Coquereau, ouvrage préc. n° 352 et s. p. 272. Lyon 23.11.1971, Bull. Cons. national des commissaires aux comptes 1972-235 ; T.G.I. Paris 6.1.1973, Bull. Cons. national des commissaires aux comptes 1973 p. 75, R.T.D.Com. 1973 - 287 obs. Houin : le jugement relève que les commissaires avaient omis de respecter la mission de surveillance permanente prescrite par les articles 228 et 229 "et se sont fiés à la présence d'un expert comptable dans la société qui depuis 60 ans était attaché à l'établissement, ce qui pour le moins impliquait un grand âge de celui-ci, fut-il d'une verdeur apparente, mais n'ont pas exercé les sondages que leur imposait la loi, lesquels, même s'ils n'avaient pas conduit à la découverte des détournements, auraient pour le moins eu un effet d'intimidation à l'égard du comptable indélicat". ; Com. 2.7.1973, D. 1973-674 note Y. Guyon.

505

En second lieu, la constatation que les représentants légaux de la société assument la mission d'informer ne pourrait amener à la conclusion que les organes de réflexion échappent à toute obligation. Certes, en principe, ces derniers n'ont pas qualité à l'effet de mettre en oeuvre la publicité, sous réserve des dispositions particulières de l'article 250 alinéa 1 de la loi de 1966 en vertu desquelles les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire si en ayant connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale.

Mais, à l'égard de l'information, la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance peut revêtir un aspect original. Ils bénéficient aussi de l'information qui leur permet d'exercer les prérogatives dont ils sont investis. A ce titre, ils commettraient une faute en refusant d'utiliser les renseignements mis à leur disposition (1). Ce droit comporte corrélativement un devoir de surveillance et une éventuelle responsabilité.

Un raisonnement semblable ne pourrait-il pas être poussé plus avant ? Envers les actionnaires, par exemple ? A l'égard des associés d'une S.A.R.L., la solution fut rejetée sous l'empire de la loi de 1925. Il fut jugé que les dispositions qui obligeaient les gérants à communiquer certaines pièces aux associés et à convoquer des assemblées générales n'imposaient pas aux associés l'obligation d'exiger ces communications ou convocations sous peine d'engager leur responsabilité vis-à-vis des tiers, et que la Cour d'appel qui avait écarté la demande dirigée contre les associés non gérants en paiement du passif de la société faillie avait légalement justifié sa décision malgré la passivité de ces derniers (2). En modifiant les données du problème, la réforme de 1966 commanderait peut-

(1) Aix 3.2.1966 J.C.P. 1966-2-14861 obs. Percerou, Rev. Soc. 1966 - 437 obs. Plaisant. Douai 11.7.1957 D. 1957-715, note G. Lagarde ; T.C. Roubaix 26.9.1956 D. 1957-10 note Coré ; Com. 3.5.1954 J.C.P. 1954-2-8257 note D.B. ; Com. 14.12.1960 Bull. 3 n° 415 p. 377, D. 1961-402 note Dalsace ; Com. 17.5.1965 Bull. 3 n° 320 p. 291, J.C.P. 1966-2-14647 note J.R. ; Traité Ripert et Roblot n° 1311, 1330 et 1367.

(2) Com. 5.3.1958 Bull. 3 n° 107 p. 88.

être une réponse différente. Dans la société anonyme, les actionnaires bénéficient d'une meilleure information et des commissaires aux comptes les assistent. Ils disposent donc de moyens efficaces pour se forger une opinion sur la gestion et peuvent au besoin révoquer ad nutum les dirigeants à la majorité simple. Dans de telles conditions, la perpétuation d'une direction qui se révélerait dommageable pour les tiers pourrait recevoir la qualification de faute génératrice de responsabilité. Le refus d'exercer leur droit de contrôle par l'inutilisation de la publicité légale justifierait que des actionnaires s'exposent aux actions de tiers.

506

Normalement, les dirigeants ne sont responsables, en tant que tels, à l'égard de la société et des tiers que des fautes commises pendant le temps de leurs fonctions. La responsabilité a un caractère personnel. Certaines difficultés apparaissent à l'occasion de l'application du principe.

La qualité même de dirigeant peut prêter à discussion. La responsabilité atteint-elle le dirigeant de fait, c'est-à-dire celui qui prend effectivement les décisions sans exercer pour autant officiellement une fonction au sein de la société ? Certainement. Les textes l'admettent d'ailleurs expressément dans l'hypothèse d'insuffisance d'actif lors d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens (1). On sanctionne alors les fautes commises par toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce en droit ou en fait, avec ou sans rémunération, de manière apparente ou occulte, la direction, l'administration ou la gestion d'une société. Curieusement, pourtant, la Cour de cassation a souvent répugné à s'y résoudre (2). Un arrêt de 1971 (3) se rallie néanmoins à cette solution : la Cour d'appel qui a constaté que l'accord prévoyant que l'actionnaire d'une société anonyme assurerait l'entière responsabilité de la gestion, n'apas reçu application, et que ses interventions dans ladite société ne peuvent être considérées que comme des suggestions et des recomman-

(1) Art. 99 loi 13.7.1967 ; T.C. Nice 29.3.1969 R.T.D.Com. 1969-568.

(2) Com. 20.2.1962 Bull. n° 116 p. 93 ; Com. 26.5.1970 Bull. n° 177 p.156.

(3) Com. 23.3.1971 Bull. 3 n° 91 p. 84.

darions a pu refuser de le déclarer responsable solidaire du passif. L'interprétation des motifs ne laisse aucun doute sur la responsabilité qu'encourrait celui qui interviendrait en fait dans la direction des affaires sociales.

Parfois, les dirigeants répondent des fautes antérieures à leur entrée en fonction si, entre les irrégularités de leurs prédécesseurs et celles qui leur sont personnelles, existe une connexité et un enchaînement tels qu'on n'en puisse démêler les conséquences respectives (1). L'article 242 de la loi de 1966 illustre cette règle à propos de l'annulation : peuvent être déclarés responsables non seulement "les fondateurs auxquels la nullité est imputable" mais aussi "les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue". Ces derniers auraient dû procéder aux régularisations nécessaires. Leur négligence explique l'action dirigée contre eux. A fortiori en serait-il pareillement des dirigeants qui publieraient sous leur nom des circulaires inexactes préparées par leurs devanciers en vue d'une émission d'actions (2) ou ceux qui reporteraient de bilan en bilan une mention erronée (3), ou qui maintiendraient par des manoeuvres frauduleuses une sécurité trompeuse (4).

Enfin, le dirigeant peut être inquiété après cessation de ses fonctions, pour les fautes commises antérieurement à celle-ci, sous réserve de la prescription (5). Par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer que commettent une faute les administrateurs qui se retirent sans opérer la publicité requise car ils induisent les tiers en erreur sur la composition de l'équipe dirigeante (6). Une situation dommageable qui apparaît après son départ peut d'ailleurs n'être que le prolongement d'actes auxquels il a participé (7). A priori, on pour-

(1) Req. 7.1.1930 J. Soc. 1930-413.

(2) Civ. 18.3.1891 D. 1891-1-401, S. 1894-1-70.

(3) Req. 9.3.1942 J.C.P. 1942-2-1930 note Bastian.

(4) Paris 8.1.1886 D. 1886-2-216 ; Paris 5.12.1887 J. Soc. 1889-352, D. 1889-2-185.

(5) Art. 246 loi 1966.

(6) Crim. 8.12.1965 Bull. n° 272.

(7) Civ. 14.2.1898 D. 1900-1-73. A propos de la cessation des paiements : Paris 24.1.1967 D. 1967-202, R.T.D.Com. 1967-243 obs. Houin.

rait se demander si les articles 8 alinéa 2 de la loi de 1966 et 43 du décret n° 67.237 ne limiteraient pas la portée de cette solution en disposant que : "La société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes visées ci-dessus, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées". Deux arguments sembleraient de nature à écarter cette crainte. D'abord, l'inopposabilité vise la société et non pas le dirigeant. Ensuite, il était généralement admis que l'inopposabilité concernait uniquement la valeur des engagements de la société à l'égard des tiers : la publicité de la révocation ou de la démission ne devant jouer aucun rôle lorsqu'il s'agissait de déterminer jusqu'à quel moment la responsabilité personnelle des organes pouvait être engagée (1). Cependant, la jurisprudence récente de la Cour de cassation semble s'établir en sens contraire (2).

507

Section 2 - La responsabilité des personnes n'exerçant pas de fonctions au sein de la société.

L'inobservation des prescriptions légales en matière de publicité ne suscite pas exclusivement la mise en oeuvre d'une action en responsabilité dirigée contre les organes sociaux. Certes, ces derniers tiennent ordinairement le rôle de sujet passif dans cette action, mais une telle habitude n'exclut pas d'autres éventualités. Les principes généraux du droit de la responsabilité civile font peser une obligation de réparation sur les tiers qui se sont associés aux agissements irréguliers des

-
- (1) Com. 6.2.1962 Bull. 3 n° 80 p. 65 ; Com. 23.2.1966 Bull. 3 n° 119 p. 102 ; Paris 17.6.1966 R.T.D.Com. 1966-1023 obs. Houin, G.P. 1966-2-288 ; Paris 9.3.1967 D. 1967-470 ; Trib. pol. Rouen 18.8.1967 R.T.D.Com. 1967-1091 obs. Houin ; dans le même sens, à propos de l'action en comblement du passif de l'article 99 de la loi du 13.7.1967, Paris 29.6.1967 D. 1969-484 note Honorat, Rev. Soc. 1969-230, même note, J.C.P. 1967-2-15285.
- (2) Crim. 10.10.1967 D. 1968-6 ; Com. 20.10.1969, Rev. Soc. 1971, 37, note Honorat ; dans le même sens à propos de l'action en comblement du passif de l'article 99 de la loi du 13.7.1967 : Com. 7.10.1968 Bull. n° 254 p. 227 ; Com. 19.3.1969 Bull. n° 106 p. 105 ; Com. 12.5.1969 Bull. n° 160 p. 155 ; Com. 24.11.1969 Bull. n° 344 p. 320 ; Com. 3.12.1969 Bull. n° 360 p. 33 ; Com. 19.1.1970 Bull. n° 24 p. 24 ; Com. 25.1.1970 Bull. n° 172 p. 152.

dirigeants ou qui ont commis une faute personnelle à l'occasion de l'accomplissement des formalités de publicité. Dans les deux situations, on pallie les irrégularités dans un souci de protection des bénéficiaires de l'information.

508

§ 1. La responsabilité des tiers qui se sont associés aux agissements irréguliers des organes de la société.

Les exemples de collusions entre dirigeants et tiers abondent, surtout lors de la constitution des sociétés. Des journaux financiers facilitent le placement des titres (1). Un notaire prête sciemment son concours pour dresser un acte irrégulier. Le plus fréquemment, l'intervention émane de banquiers (2). Sous la forme de syndicats financiers, des banques s'interposent entre les fondateurs et le public au point de devenir pratiquement des intermédiaires obligatoires, seuls capables d'assurer en bloc la couverture de l'émission (3). Juridiquement, l'admission des recours exercés contre les banques nécessite préalablement de préciser leur rôle afin de déterminer le fondement de leur responsabilité. Longtemps, la jurisprudence refusa de leur attribuer la qualité de contractant. Par la suite, elle accepta de leur conférer la qualité de vendeur et de les assujettir en conséquence à une responsabilité de nature contractuelle.

(1) T.C. Seine 20.7.1884 J. Soc. 1885-27.

(2) Henry Cabrillac, R.T.D.Civ. 1931 p. 313 à 354, La responsabilité civile des banques ; thèse Yves Le Roy, Les syndicats d'émission, 1914 ; thèse Raymond Feixas, De la responsabilité des banques dans les émissions de titres, 1933 ; Albert Gautrat et Léon Constantin, Traité théorique et pratique des syndicats financiers, 1931.

(3) Henry Cabrillac, préc. p. 314 : "Les banques vivent de l'escompte, elles vivent du placement".

A/ Responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle.

Le rôle du banquier peut se limiter à rapprocher une société du public. Dans une note, écrite à la fin du dix-neuvième siècle, le professeur Pic l'avait parfaitement illustré : "Celui-ci - le banquier - est un simple intermédiaire entre la société emprunteuse et le public, il n'a d'engagement qu'envers la société à laquelle il a promis et doit prêter son concours et de celui de son personnel, pour l'encaissement des sommes versées par les souscripteurs, mais aucun lien de droit ne l'unit à ces derniers... Il est de toute évidence que la responsabilité du banquier émetteur au regard des obligataires ne saurait être que délictuelle. En d'autres termes, sa responsabilité ne peut être engagée vis-à-vis d'eux qu'autant qu'il se serait rendu coupable, lors de l'émission, d'un dol ou d'une faute caractérisée tombant sous l'application du droit commun de l'article 1382" (1).

Une jurisprudence bien établie enjoint au banquier l'obligation de contrôler la réalité et la consistance des gages offerts aux souscripteurs de titres. Ainsi jugé qu'il est responsable parce qu'ont été publiés par ses soins et sous son inspiration, des prospectus contenant des indications inexactes et faciles à contrôler(2). Malgré la bonne foi de son auteur, a été qualifié de fautif le fait d'avoir affirmé sciemment l'existence de garanties mentionnées au cahier des charges d'un emprunt, étant donné que la charge du placement d'une émission implique de vérifier que les sûretés proposées ne sont pas imaginaires (3). De façon générale, il est évident que l'appréciation de la responsabilité varie avec les hypothèses considérées. Selon que le banquier est un simple agent transmetteur ou un inter-

(1) Note Pic - D. 1896-2-481 ; Paris 5.12.1887 D.P. 1889-2-185 ; Civ. 18.3.1891 D.P. 1891-1-401 ; Paris 13.3.1961 D. 1962-310 note Dalsace, G.P. 1961-1-373.

(2) Civ. 18.3.1891 préc. ; Orléans 4.6.1892 D. 1896-2-161.

(3) Paris 22.3.1877 D.P. 1879-2-40 ; Paris 5.12.1887 R. Soc. 1888-76 ; Req. 17.10.1934 G.P. 1934-2-741.

médiaire intéressé au résultat de la souscription, une prudence particulière s'impose à lui. Par exemple, il peut se trouver en même temps administrateur de la société considérée ou avoir l'exclusivité de la diffusion ; toutes circonstances qui influent sur les sujétions auxquelles il peut être astreint (1).

En principe, d'ailleurs, une attitude rigoureuse serait conforme aux solutions retenues en d'autres domaines lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre la responsabilité professionnelle d'une personne. Planiol et Ripert en formulèrent la règle : "Quiconque exerce une profession, est tenu de posséder les connaissances théoriques et pratiques qu'elle comporte, et d'apporter à sa conduite, la prévoyance et la diligence nécessaires" (2). C'est par ce moyen que les tribunaux arrivent à mettre à la charge des notaires, en dehors de toute idée de mandat, un devoir de conseil envers leurs clients. Pourquoi ne pas juger avec une égale sévérité les obligations professionnelles des banques vis-à-vis des épargnants ? Mais, en tout état de cause, leur responsabilité ne s'étendra jamais à l'insolvabilité postérieure du débiteur ou à l'inexécution de ses engagements. A cet égard, un arrêt particulièrement significatif de la Cour de Paris peut être cité : "Considérant en droit que le banquier émetteur est responsable des affirmations mensongères ou mieux imprudentes des prospectus qu'il répand dans le public, mais qu'il ne saurait être responsable que de l'existence et non de la réalisation ou de l'efficacité des engagements qu'il annonce de bonne foi avoir été pris par les tiers..." (3).

(1) Thèse Feixas préc. p. 37 et s., p. 63, p. 75 et s.

(2) Traité pratique de droit civil, tome 6, Les obligations, par Paul Esmein, n° 523.

(3) Paris 12.12.1893 D.P. 1896-2-491. Même sens : T.C. Seine 12.4.1923 Rev. Soc. 1923 p. 169 ; Paris 20.10.1934 G.P. 1934-2-845.

Une mauvaise information peut engendrer une responsabilité de nature contractuelle dans le cas où un établissement financier, sans être émetteur ou introducteur, achète une partie plus ou moins considérable des titres avec l'intention de les revendre ultérieurement dans le public. Encore faut-il préciser que le banquier qui participe à un syndicat d'émission engage sa responsabilité dans des conditions variables suivant le type de groupement dont il s'agit. Quand le gérant du syndicat, agissant dans l'intérêt de tous les participants, se porte acquéreur des titres pour les diffuser ensuite, c'est lui, seul connu des tiers, qui doit être considéré comme souscripteur des titres et qui assume toutes les obligations inhérentes à cette qualité. Au contraire, si le gérant ne joue que le rôle d'intermédiaire entre la société et chacun des participants d'une part, entre ce derniers et le public d'autre part, la souscription est faite au nom des divers membres. Enfin, les participants au syndicat peuvent n'acquérir la qualité de souscripteur qu'en cas de placement partiel des titres.

Dans l'hypothèse où le banquier est réputé avoir vendu les titres, la question a été discutée de savoir si les épargnants pourraient bénéficier de la garantie des vices cachés des articles 1641 et suivants du code civil ? (1). Une pareille éventualité se heurta à deux objections. La première fut formulée par Thaller (2) : "De par une convention tacite, de par l'usage, la valeur de bourse se vend sans garantie aux risques et périls de l'acheteur. L'opération est aléatoire". Un second argument était présenté par Wahl. Selon cet auteur, la garantie des vices ne pouvait s'appliquer que dans les ventes de corps certains où le vendeur avait la possibilité de remplacer l'objet litigieux par un autre, alors que dans les ven-

(1) Thèse Y. Le Roy, préc., p. 385 ; J. Tchernoff, Les syndicats financiers, p. 340.

(2) D.P. 1871-2-88.

tes de choses de genre comme les valeurs mobilières le vice affectait tous les titres de l'émission. Par conséquent : "l'acheteur ne subit pas un préjudice inattendu, puisqu'il ne pouvait s'attendre à recevoir autre chose que ce qu'il a reçu, à savoir un titre appartenant à une émission déterminée". (1)

En réalité, cette thèse n'a pas prévalu. En ce qui concerne le second argument, la doctrine a pu discerner dans la conception précédente une confusion qui consistait à voir dans la garantie la suite de l'obligation de délivrance. La démonstration en a été faite par Monsieur le professeur Gross (2) : "... la délivrance de nouvelles choses de genre n'est pas toujours possible car il se peut que toutes celles du même genre soient atteintes du même défaut - que l'on prenne, par exemple, le cas des actions d'une société nulle -. Même si la délivrance de nouvelles choses demeure possible, l'acheteur pourra préférer les sanctions de la garantie. Entre la première et la deuxième livraison, en effet, un certain temps s'écoulera. Au moment où le vendeur s'exécutera correctement, l'opération pourra donc ne plus présenter aucun intérêt pour l'acheteur qui désirera alors se délier d'un contrat peu avantageux. En revanche, les objets transmis bien que viciés conserveront parfois une utilité pour l'acheteur. Celui-ci voudra alors les garder par devers lui et il demandera simplement une diminution du prix". Par ailleurs, la jurisprudence affirme que les textes relatifs à la garantie sont généraux : ils concernent tant les ventes de choses de genre que celles de corps certains et ils protègent sans la moindre restriction l'acheteur de tout bien (3), dont les valeurs mobilières (4).

(1) A. Wahl, De la garantie des vices dans la vente des valeurs mobilières R.T.D.Civ. 1914-22. Dans le même sens : Lyon-Caen S. 1884-2-52.

(2) La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats. Thèse, Nancy, 1964, p. 119 et 120.

(3) Com. 11.6.1954 D. 1954-697 ; note J. Hémard sous trib. civ. Draguignan 2.7.1953 D. 1953-745.

(4) Caen 30.3.1928 R.T.D.Civ. 1928-907 obs. Demogue ; Civ. 9.11.1892 S. 1893-1-361 ; Civ. 3.6.1885 - S. 1885-1-259 - Contra : Trib. Seine 2.12.1926 D.H. 1927-92.

513 § 2. La responsabilité encourue par les tiers pour une faute personnelle distincte de celle des dirigeants.

Les exemples précédents ont montré comment des tiers exposent leur responsabilité en raison d'une faute initiale des dirigeants sur laquelle se greffe leur propre négligence. Cette dernière existe parfois de façon autonome.

Le décret du 23.3.1967 relatif au registre du commerce le prévoit explicitement à l'égard des notaires. Son article 72 alinéa 1 commence par définir leurs obligations : "Le notaire qui rédige un acte comportant, pour les parties intéressées, une incidence quelconque en matière de registre du commerce, est tenu de procéder à toutes les formalités afférentes à l'acte qu'il a rédigé". En cas de violation de ces dispositions, l'article suivant édicte la possibilité d'une responsabilité : "Les notaires qui ne satisfont pas aux obligations qui leur sont imposées à l'article 72 sont frappés d'une amende civile de 10 francs à 40 francs prononcée par le tribunal de grande instance sans préjudice de l'application de sanctions disciplinaires et de leur responsabilité ..." (1).

En réalité, la solution traduit un principe général. Tous ceux qui interviennent dans la mise en oeuvre des formalités de publicité encourrent une responsabilité éventuelle vis-à-vis des bénéficiaires de l'information.

514 Mais une action en responsabilité civile peut être aussi envisagée sous des perspectives radicalement différentes, l'utilisation de l'information en constituant le fait générateur. Certes, il peut sembler paradoxal que des mesures de protection puissent se retourner contre ceux dont elles veulent préserver les intérêts. Effectivement, le destinataire de

(1) Rouen 30.11.1967 G.P. 1968-1-267.

l'information ne doit rien redouter de la société hormis l'hypothèse de l'abus du droit qui peut justifier l'allocation de dommages intérêts (1) ou même le refus de communication (2).

Cependant, tel n'est plus le cas dans les relations qui s'établissent entre utilisateurs de l'information. Ils ne composent pas un ensemble homogène et parmi eux quelques uns forment une catégorie privilégiée. Par leur compétence et leurs moyens, ils font figure de spécialistes auxquels les actionnaires ou les épargnants s'adressent volontiers pour obtenir des avis. Or, n'y aurait-il pas faute pour ces conseillers à ne pas traiter correctement l'information et par voie de conséquence d'égarer ceux qui les investissent de leur confiance ? Ne serait-ce pas la situation de l'agent de change, du service des titres d'une banque ou d'un analyste financier ? Un devoir de conseil justifie certainement que leurs clients puissent attendre d'eux des recommandations éclairées.

En ce qui concerne les banques, cela doit même aller plus loin. L'utilisation de l'information ne s'impose pas uniquement en vue des conseils de placement qu'elles prodiguent. Leur édification personnelle revêt une importance accrue en raison du rôle qu'elles tiennent dans la distribution du crédit (3). Effectivement, l'octroi d'un prêt peut contribuer à aggraver une situation obérée et permettre de faire de nouvelles dupes en maintenant artificiellement les activités du crédit. La responsabilité du banquier a pu être niée sur la base des considérations suivantes. Comment lui reprocher d'accorder son crédit à une entreprise en difficulté alors que la cause même de son activité consiste précisément à apporter un soutien aux entreprises qui ne disposent pas de ressources suffisantes ? D'autant que le banquier supporte déjà le risque du non-remboursement de sa créance et que le créancier lésé aurait pu découvrir l'état véritable des affaires de son partenaire (4). Ces arguments ne convainquent pas. La

(1) Nancy 8.12.1965 D. 1966-687.

(2) Paris 25.1.1975 D. 1975-412 note Schmidt.

(3) J. Stouffet J.C.P. 1965-1-1882.

(4) Stouffet préc. n° 3.

responsabilité est indéniable lorsqu'une faute caractérisée a été commise (1) : par exemple, l'intérêt du banquier peut être parfois de soutenir momentanément un client afin de recouvrer ses propres créances, tout en sachant que la situation du débiteur ne laisse espérer aucune issue (2). L'existence d'une information particulièrement développée en ce qui concerne les sociétés - dont les sociétés anonymes - et l'aptitude des établissements financiers à analyser ces renseignements devraient permettre assez aisément, dans certaines hypothèses, de discerner une négligence.

-
- (1) Houin R.T.D.Com. 1955 p. 150 n° 160 ; Stouffet préc. n° 4 ; Com. 28. 11.1960 Bull. 3 n° 381 p. 348, cassant Montpellier 1.3.1957 R.T.D.Com. 1957 p. 462 n° 30 obs. Houin ; Paris 26.5.1967 J.C.P. 1968 - 15518 note Stouffet. Contra : Nîmes 13.11.1963 R.T.D.Com. 1964-163, l'arrêt exige une fraude de la part du banquier.
- (2) La perception d'un taux élevé d'intérêt, l'importance excessive voire la nature des sûretés exigées peuvent constituer des indices de cette connaissance. Voir : Stouffet, préc., n° 9.

Certains sociologues avaient cru pouvoir prédire à la fin du dix-neuvième siècle une évolution de la répression vers l'indemnisation et la substitution de la responsabilité civile à la responsabilité pénale. Cette prévision ne s'est pas réalisée. Les sanctions précédentes ne suffisent pas toujours à imposer le respect des prescriptions légales. Le droit pénal constitue l'ultime recours. La peine confère à l'obligation une autorité renouvelée et en garantit mieux l'observation. Seulement, l'étude de la responsabilité pénale se complique par rapport à celle de la responsabilité civile du principe de légalité criminelle. Les articles 1382 et 1383 du code civil établissent un principe général de responsabilité. Aucun texte analogue n'existe dans le code pénal ; bien au contraire, pas d'infraction sans texte. L'article 4 du code pénal le proclame solennellement : "Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis". En conséquence, le juge ne saurait raisonner par analogie. La loi pénale est d'interprétation stricte (1). Tout naturellement, ces caractères expliquent la nécessité de définir les faits que la loi a voulu réprimer. Chaque formalité de publicité ne reçoit pas la sanction de la loi pénale. Est-ce le cas, que cette dernière n'a pas une application uniforme. En second lieu, une fois précisées les infractions, il reste à envisager la mise en oeuvre de la responsabilité pénale.

(1) Bacon n'a-t-il pas écrit que la meilleure des lois est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge.

516

Section 1 - La définition des infractions sanctionnant les règles de publicité.

La sanction pénale des infractions aux règles de publicité se conçoit d'abord dans le cadre du droit commun. Mais à côté de ces dispositions traditionnelles sont apparues des incriminations nouvelles propres au droit des sociétés et spécialement à la publicité.

517

§ 1. Les infractions de droit commun.

A l'origine, les irrégularités en matière de publicité n'étaient appréhendées pénalement que par référence aux infractions du droit commun. L'apparition et le développement d'un droit pénal spécial propre aux sociétés ont eu pour effet de réduire l'intérêt du recours au régime général sans pour autant le supprimer. L'examen de la jurisprudence le démontre abondamment par les condamnations pour escroquerie ou faux en écriture qu'il permet de relever. Il peut d'ailleurs y avoir concours idéal d'infractions : les mêmes faits étant réprimés tout à la fois par le droit commun et le droit pénal spécial aux sociétés. Envisagés dans leur ensemble, le droit commun et le droit pénal spécial aux sociétés laissent percer une opposition. Tant par les faits auxquels il s'attache que par les peines qu'il édicte, le premier pallie les irrégularités les plus graves. Sans doute faut-il y voir la cause essentielle de l'apparition du second. Une excessive rigueur se révélait inapte à assurer le respect des multiples formalités de publicité.

A/ L'article 405 du code pénal : le délit d'escroquerie (1).

La loi du 22.7.1791 fut le premier texte qui incrimina le délit d'escroquerie. Conçue en termes larges, cette infraction était susceptible d'atteindre tous les procédés dolosifs utilisés pour se faire remettre le bien d'autrui, y compris le simple mensonge. Afin de ne pas entraver le jeu des transactions commerciales, les rédacteurs du code pénal de 1810 restreignirent le domaine de l'incrimination, précisant que l'escroquerie ne pouvait se consommer que par l'emploi de certaines manoeuvres. Le mensonge en était désormais exclu. Pour reprendre la formule d'Emile Garçon, l'escroquerie n'intervenait plus que dans le cas où la fraude avait été confirmée par des actes extérieurs, par des manoeuvres ourdies avec un art propre à déconcerter les mesures de prévoyance et de sécurité qui, dans l'usage, accompagnent les transactions (2). Ce libéralisme comportait des inconvénients et provoqua la multiplication de textes spéciaux. Les uns tendirent à prévenir les escroqueries en punissant d'ores et déjà des actes nocifs en germe parce que susceptibles de faciliter des fraudes. Les autres remédièrent à la nécessaire interprétation restrictive de l'incrimination. Malgré l'extension de ces dispositions, le délit d'escroquerie conserva son importance. D'ailleurs, l'article 15 de la loi du 24.7.1867 s'y référait expressément.

L'article 405 du code pénal définit les éléments constitutifs et la sanction de l'infraction : "Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manoeuvres frauduleuses

-
- (1) A. Touffait, avec le concours de J. Robin, A. Audureau, J. Lacoste : *Délits et sanctions dans les sociétés*, 2° éd., 1973, p. 747 et s., n° 829 à 870 ; Patin M., Caujolle P., Aydalot M., Robert J.M., *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires*, 5° éd., 1974, p. 118 et s. ; Larguier J. *Droit pénal des affaires*, 2° éd., 1975, p. 82 et s. ; Constantin L., *Droit pénal des sociétés par actions*, 1968, p. 439 et s.
- (2) Emile Garçon, *Code pénal annoté*, 1901-1906, sous l'article 405, n° 4.

pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 3.600 francs au moins et de 36.000 francs au plus (1). Si le délit a été commis par une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle, l'emprisonnement pourra être porté à dix années et l'amende à 180.000 francs (2). Dans tous les cas, les coupables pourront être, en outre, frappés pour dix ans au plus de l'interdiction des droits mentionnés en l'article 42 du présent code ; ils pourront aussi être frappés de l'interdiction de séjour" (3).

520

Le délit suppose donc la réunion de quatre conditions : l'emploi de moyens frauduleux spécifiés par la loi ; la remise de fonds ou d'objets un préjudice et une intention frauduleuse. Il convient exclusivement de préciser comment la mise en oeuvre des prescriptions légales en matière de publicité peut constituer les moyens frauduleux déterminés par le texte. L'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité ne doivent guère trouver à s'employer (4). Pratiquement, c'est la notion de manoeuvres qui est utili-

(1) Rédaction du décret-loi du 16.7.1935.

(2) Rédaction du décret-loi du 8.8.1935.

(3) Ordonnance n° 60-529 du 4.6.1960, art. 12.

(4) Crim. 4.12.1969 D.S. 1970, 114 : La Cour de cassation a estimé coupable d'escroquerie le président directeur général d'une société qui affirmait faussement ladite société cessionnaire exclusif d'une maison de commerce.

sée. Celles-ci doivent tendre à persuader les tiers de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou à faire naître en leur esprit l'espoir ou la crainte d'événements chimériques.

La fausse entreprise se manifeste par la constitution irrégulière de la société. Par exemple, les formalités légales ont été simplement simulées et sous cette façade de régularité, des remises de fonds ou de valeurs quelconques ont été recherchées (1). Même lorsqu'elle dispose de son capital, la société constituée par des souscripteurs de complaisance n'a souvent qu'une existence illusoire destinée à inspirer confiance et peut caractériser l'escroquerie (2).

Celle-ci résulte également de la création d'une apparence fallacieuse lorsque les manoeuvres présentent la société comme jouissant d'une activité, d'une solvabilité, d'une prospérité, qui ne correspondent en rien à la réalité. Souvent le fait matériel de l'infraction consiste à produire un faux bilan. Pendant un temps, il est vrai, l'opinion de la jurisprudence fut de n'y voir qu'un mensonge écrit échappant à la répression tant que ne s'y joignaient pas des manoeuvres supplémentaires (3). Mais ensuite, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne maintint pas autant d'indulgence (4).

(1) Cass. 16.11.1888 J. Soc. 1894 p. 333 ; Cass. 12.1.1905 Rev.Soc.1905-301 ; Trib. Corr. Seine 27.7.1910 - Rev. Soc. 1910-437 ; Rouen 26.7.1912 Rev. Soc. 1913-77 ; Crim. 10.5.1928 J. Soc. 1928 p. 653 ; Crim. 16.10.1957 Bull. n° 636 p. 1143.

(2) Crim. 22.2.1935 J. Soc. 1935-492, G.P. 1935-1-514.

(3) Crim. 15.6.1928 Bull. n° 181 ; Crim. 4.8.1933 S. 1935-1-159, R. Trim. Soc. 1933-583, R. Sc. Crim. 1936 p. 75.

(4) Crim. 4.12.1936 Bull. n° 260 ; Crim. 15.4.1937 Bull. n° 74, S. 1938-1-358 ; Crim. 2.2.1939 G.P. 1939-1-474 ; Crim. 16.10.1957 Bull. n° 636 p. 1143 ; Crim. 25.3.1965 Bull. n° 89 p. 194 ; Crim. 24.3.1969 Bull. n° 127 p. 311 ; Crim. 4.1.1969 Bull. n° 5 p. 8 ; Crim. 16.3.1970 Bull. n° 107 p. 245, J.C.P. 1971-2-16813 note Boulloc, Rev. Soc. 1971-481 note Boulloc, R.T.D.Com. 1971-711 ; Crim. 10.11.1971 Bull. n° 307 p. 760 ; Trib. Corr. Paris, 11° ch. 19.3.1974 G.P. 19-21 mai 1974.

Dans d'autres cas, les manoeuvres ont pu consister à annoncer des bénéfices fictifs (1) ou à répandre de fausses nouvelles (2) de telle sorte que les divers éléments se sont combinés de manière à se corroborer réciproquement et à former un ensemble complexe au travers duquel la vérité cessait de pouvoir être décelée. A titre d'exemple, l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 9.2.1893 (3) dans l'affaire du canal de Panama peut être cité : "Attendu que non seulement les prévenus ensemble et de concert ont affirmé, de mauvaise foi et dans le but de surprendre la confiance et d'obtenir l'adhésion du public à la souscription du 26.6.1888, des faits à la réalité desquels ils ne pouvaient croire, mais encore les ont fait affirmer par de nombreux journaux à leur solde dont l'action a été d'autant plus puissante et efficace que les articles publiés... paraissaient être l'expression personnelle des signataires, alors qu'ils n'étaient que l'expression habilement préparée soit par les prévenus eux-mêmes... que tous ces faits constituent indubitablement l'emploi de manoeuvres frauduleuses qui ont eu pour but de faire croire à l'événement chimérique de l'achèvement du canal dans le délai annoncé, moyennant la somme indiquée comme suffisante". Enfin, récemment, la haute juridiction répressive a jugé constitutif d'escroquerie le fait pour un dirigeant de procéder à une augmentation de capital fictive, afin de tromper un prêteur éventuel et d'obtenir de lui un crédit qu'il n'aurait pas consenti sans une élévation du montant du capital (4).

(1) Crim. 22.2.1935 J. Soc. 1935-402.

(2) Crim. 3.3.1923 Bull. n° 102 ; Crim. 3.12.1935 Rev. Soc. 1936-345.
Ainsi, publication de cotations fictives : Paris 27.2.1912 Rev. Soc. 1913-12 ; Crim. 10.1.1913 Bull. n° 16 ; Trib. Corr. Seine 1.3.1930 Rev. Soc. 1932-352.

(3) Rev. Soc. 1893 p. 178.

(4) Crim. 9.1.1973 Rev. Soc. 1973-519 note Boulóc.

B/ Le faux en écriture privée de commerce ou de banque (1).

Tout mensonge verbal ne constitue jamais en soi une infraction ; tout mensonge écrit non plus. Toutefois, il peut assez facilement le devenir sous la forme du faux en écriture réprimé par les articles 145 à 164 du code pénal. Selon la définition d'Emile Garçon : "Le faux en écriture est l'altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice, et accomplie dans un écrit par un des moyens déterminés par la loi" (2). Celle-ci distingue : d'une part le faux en écriture publique, normalement étranger à la vie des sociétés ; et d'autre part le faux en écriture privée dont le faux en écriture de commerce ou de banque. Le code pénal incrimine tant l'établissement du titre falsifié que son usage. De cette double manière, la mise en oeuvre des formalités de publicité permet de caractériser le délit.

I - La fabrication du faux.

Jadis puni comme le faux en écriture publique ou authentique de la peine criminelle de l'article 147, le faux en écriture de commerce ou de banque est au contraire assimilé, depuis l'ordonnance du 23.12.1958, au faux en écriture de l'article 150 et bénéficie donc de la correctionnalisation de celui-ci (3). L'élément matériel de l'infraction doit être précisé sous un triple aspect : il implique une altération de la vérité, susceptible de causer un préjudice et commise dans un document.

(1) Patin, Caujolle, Aydalot et Robert préc. p. 165 et s. ; Larguier, préc. p. 199 et s. ; Constantin préc. p. 482 et s.

(2) Code pénal annoté 1901-1906 n° 19, sous les articles 143, 144 et 145.

(3) La sanction est un emprisonnement d'un an à cinq ans, et une amende de 1000 à 120.000 francs. En outre, la jurisprudence déclare applicable cumulativement l'amende générale de l'article 164 : De 360 à 10.800 francs en principe mais susceptible de s'élever jusqu'au quart du bénéfice illégitime que le faux aura procuré ou devait procurer aux coupables. Il y a ici une exception au principe du non-cumul de l'article 5 du code pénal. Crim. 25.6.1969 Bull. n° 210.

L'altération de la vérité peut se produire de deux façons différentes selon la nature des agissements (1). Premièrement, le faux matériel se réalise par une contrefaçon ou une supposition ou l'altération d'un document existant. Cette altération ne suppose pas nécessairement l'inexactitude du fait énoncé. On interdit essentiellement à une personne de se ménager une preuve écrite. En second lieu, il y a faux intellectuel lorsque le rédacteur qualifié d'un acte véritable porte dans celui-ci des mentions erronées. De ce que cette définition évoque la simulation, faut-il en conclure que celle-ci constitue le faux en écriture punissable ? La Cour de cassation l'a admis dès lors que par ce moyen les contractants ont voulu tromper un tiers (2).

Ensuite, comme pour l'escroquerie ou l'émission de chèques sans provision, le préjudice est un élément constitutif du faux. Il peut être aussi bien matériel que moral. Il peut aussi n'être qu'éventuel (3).

Enfin, l'énoncé même de l'incrimination implique l'existence d'un écrit. Peu importe sa forme et peu importe que sa rédaction soit ou non le fait du faussaire, dès lors que le rédacteur n'a été qu'un instrument inconscient. Mais parce que le faux nécessite au moins l'éventualité d'un dommage, l'altération de la vérité doit porter sur un document pouvant servir de fondement à l'exercice d'un droit ou d'une action, donc valant titre. Cependant, l'application de ce principe diffère en jurisprudence selon qu'il s'agit d'une altération matérielle ou intellectuelle. Dans le dernier cas, l'exigence du titre est impérieuse, alors que les tribunaux répriment le faux matériel même lorsqu'il est commis dans un écrit quelconque. C'est à propos de l'écrit que peut être précisée la distinction entre écrit

(1) Art. 145, 146 et 147 du code pénal.

(2) Crim. 28.11.1962 Bull. n° 346 p. 713, J.C.P. 1962-4-175, D. 1963-somm. 39.

(3) H. Donnedieu de Vabres, Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, 1943 ; Crim. 16.3.1970 préc., à propos de la falsification de la feuille de présence ; Crim. 21.3.1972 Bull. n° 115 p. 285, J.C.P. 1972-2-17178, Rev. Soc. 1972-732 note Boulloc, à propos de la falsification du procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire.

tures de commerce ou de banque et écritures privées. Parmi les premières figurent les livres de commerce ou écrits qui s'y rapportent ; ceux-là mêmes qui font l'objet de publicité c'est-à-dire, par exemple, les bilans (1), les titres émis par les sociétés, les procès-verbaux d'assemblées (2) ou de conseils (3).

523

II - l'usage de faux.

Le plus souvent, un document n'est falsifié qu'en vue de son utilisation ultérieure. Mais la loi n'exige pas que le coupable s'en soit servi. La fabrication est punissable en soi ; l'usage également. Contrairement à ce qui est en matière d'abus de blanc-seing, l'usage du faux représente une infraction distincte de l'élaboration de la pièce fausse (4). Le cas échéant, si cet usage est le fait du faussaire lui-même, il commet alors deux délits successifs.

524

§ 2. Les infractions du droit pénal spécial des sociétés.

Rares sont les dispositions du droit commun qui sanctionnent pénalement l'inobservation des formalités de publicité. Cette constatation n'est que le reflet d'une situation plus générale. L'inadaptation se révèle de façon accrue avec le développement de scandales financiers. Les nécessités d'une répression commandèrent des réformes (5).

(1) Crim. 13.3.1968 Bull. n° 87 p. 209, D. 1968-363.

(2) Crim. 10.1.1956 Bull. n° 29 p. 53.

(3) Trib. Corr. Paris, 11° ch. 16.5.1974, G.P. 1974-2-886, D. 1975-37, R.T.D.Com. 1975-123.

(4) Art. 148 et 151 code pénal.

(5) A. Vitu : ... "La législation multiforme de notre époque n'a d'efficacité que si elle s'appuie sur l'arsenal répressif du droit criminel", in, Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel, Dix ans de conférences d'agrégation, 1961 p. 71 et s.. A l'inverse pourtant, aux Etats-Unis, la plupart des lois sur les sociétés ne contiennent aucune disposition pénale, les actes frauduleux sont réprimés selon le droit commun. J. Kervokian préc. G.P. 1962-2-97.

Les premières incriminations propres aux sociétés apparurent timidement dans les lois des 15.7.1845 et 10.6.1853 relatives aux chemins de fer, et du 17.7.1856 sur les sociétés en commandite par actions. Cette dernière définissait six infractions : l'émission, la négociation, la simulation de souscription, la publication de faits faux, le commencement prématuré des opérations sociales et la distribution de dividendes non réellement acquis. La loi du 23.5.1863 à propos des sociétés dites "à responsabilité limitée", en instituait deux autres : la création de majorité factice et le défaut de publication de certaines mentions sur les documents sociaux. La loi du 24.7.1867 se contentait de reprendre ces solutions. Mais diverses circonstances allaient se conjuguer pour exiger davantage. L'émoi soulevé par quelques scandales allié à une conjoncture économique défavorable soulignèrent le besoin de protéger l'épargne (1). La loi du 7.3.1925 puis une série de décrets-lois de 1935 à 1938 intervinrent à cet effet et multiplièrent les dispositions répressives à un point tel qu'un auteur put écrire qu'il n'était plus question dans les lois les plus récentes que de délits et de peines (2). Le doyen Hamel s'est interrogé sur l'opportunité de cette législation : "Dans le domaine du droit des sociétés, est-il légitime que le législateur intervienne si souvent pour brandir la menace de sanctions pénales ? Certains esprits, des plus éminents, ont estimé que le droit commercial est un droit où chacun doit défendre ses intérêts personnels par les armes civiles et commerciales sans faire intervenir l'appareil toujours effrayant du droit pénal" (3).

La réforme de 1966 n'a pas cessé d'affirmer cette tendance (4). Le législateur a voulu prévenir et réprimer les abus dénoncés par la pra-

-
- (1) Kramata, La protection de l'épargne dans la législation des sociétés anonymes en droit français, thèse, 1936.
 - (2) Ripert. Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd. 1951 p. 55.
 - (3) Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955, p. 12.
 - (4) A. Dalsace : "Je persiste à considérer que le législateur a fait preuve "de fureur répressive". Article: Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés, Rev. Soc. 1966-399. L'auteur écrivait déjà en 1935 : "Si l'on sème trop d'embûches sur les plans des administrateurs de sociétés, seuls finiront par accepter de telles fonctions des insolubles quasi patentés qui n'auront pas d'autre rôle". in Gaz. Trib. 1.5.1935. Dans le même sens : Kevorkian, préc. Contra : J.B. Herzog, Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés, D. 1966 p. 91 ; Touffait et Herzog, Rev. Sc. Crim. 1967-777.

tique. Souscripteurs ou associés sont demeurés trop souvent mal informés de l'activité commerciale et de la situation financière des sociétés. Le secret des affaires a parfois été détourné de son objet et mis à profit par les dirigeants sociaux pour s'affranchir de la tutelle de l'actionariat(1). Un faisceau de règles répressives en est résulté avec pour but, notamment, de promouvoir le droit à l'information et de sanctionner pour cela les mesures de publicité imposées aux fondateurs et dirigeants des sociétés commerciales (2).

Une double idée justifie le plan retenu. D'une part, dans un dessein de protection, la loi rend obligatoire la publicité qui doit entourer la naissance, la vie et la mort de la société. Mais d'autre part, la publicité peut servir à tromper. Le destinataire de l'information doit être protégé par la première forme de publicité et contre la seconde. Des infractions d'omission et de commission ont été érigées.

A/ L'interdiction de certaines publications.

"Pour l'épargnant, mieux vaut mille fois "pas de renseignement du tout" qu'un renseignement susceptible d'égarer son jugement" (3). L'interdiction concerne les faits faux et l'usage irrégulier de titres.

I - La publication de faits faux.

Aucune disposition générale ne réprime directement la publication de faits faux en raison du vice qui les affecte. Par ailleurs, le simple mensonge oral ou écrit ne constitue pas à lui seul une manœuvre

(1) Gavalda, Le secret des affaires, Mélanges Savatier, 1965 p. 291.

(2) Pinoteau, Le code des sociétés. Dispositions pénales, 1969 ; Robert et Moreau, Les délits en matière de sociétés. Droit pénal des sociétés commerciales, 1967 ; Fangain, Tableau analytique des diverses sanctions encourues par les dirigeants de sociétés commerciales, G.P. 1969-2-207 ; Patin, Caujolle, Aydalot, Robert, préc. p. 231 et s. ; Larguier préc. p. 260 et s.

(3) S. Doyen, G.P. 1970-1-243.

frauduleuse, condition de l'escroquerie. Divers textes particuliers sont intervenus pour obvier à cette absence de répression. Dans quelques cas, une incrimination a été établie pour sanctionner la fictivité en tant que telle du fait publié. Ailleurs, le législateur n'a entendu considérer la fausse publication qu'à travers ses conséquences.

527

a) Incrimination de la fausse publication en soi.

Trois infractions sanctionnent la seule fictivité d'un fait publié.

528

Le délit de déclaration notariée mensongère (1). Initialement, la loi du 24.7.1867 n'érigéait pas en infraction le fait de constituer une société irrégulièrement. La loi pénale n'intervenait que plus tard si, nonobstant les irrégularités, des actions étaient émises ou négociées (2). Puis un décret-loi du 8.8.1935 y introduisit un article 15-1 qui punissait des peines de l'escroquerie ceux qui, dans la déclaration notariée visée à l'article 1 de la loi : avaient affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou avaient déclaré de mauvaise foi que des fonds, qui n'avaient pas été mis définitivement à la disposition de la société, avaient été effectivement versés. La loi de 1966, modifiée par l'article 19 de la loi du 6.1.1969, en reprend la teneur dans son article 433-1° : "Ceux qui, sciemment, dans la déclaration notariée constatant les souscriptions et les versements, auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés, ou auront remis au notaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou le versement de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société". Cette rédaction souligne l'importance attachée à la déclaration notariée et à ses annexes.

(1) Bastian, J.C.P. 1968-1-2183 n° 416 ; Touffait préc. p. 56 et s., p. 91 et s. ; Constantin préc. p. 535 et s.

(2) Art. 13 et 14 loi du 24.7.1867.

Pour définir la fictivité, deux conceptions s'affrontent. D'après l'une, restrictive, le législateur aurait voulu viser les hypothèses où, quelle que soit la personnalité des souscripteurs, les fonds légalement exigibles n'ont pas été versés du tout (1), Monsieur Touffait refuse une définition aussi étroite (2) : "Il ne paraît pas douteux, en réalité, qu'en punissant ceux qui affirment sincères et véritables des souscriptions fictives, le législateur a voulu, une nouvelle fois, manifester sa volonté de voir la société anonyme se constituer à ses débuts entre souscripteurs sincères et véritables, agissant pour leur propre compte, possédant l'affectio societatis et susceptibles, grâce aux mesures de publicité édictées par la loi d'être connus du public". Un argument de texte renforce cette dernière interprétation. En effet, l'emploi de la conjonction "ou" démontre que l'incrimination a un caractère alternatif. L'infraction est constituée dès lors que les fonds n'ont pas été effectivement libérés mais aussi dans l'hypothèse d'une affirmation de souscriptions fictives. Sous peine de devoir conclure à une répétition, il faut bien admettre que la seconde expression ne se confond pas avec la situation visée par la première.

529

Le délit de présentation ou de publication d'un bilan inexact(3). Sous le régime de la loi de 1867, la fraude dans les inventaires et bilans ne constituait pas en elle-même une infraction. La loi pénale n'intervenait que dans le cas où ces documents étaient utilisés à certaines fins. Les délits d'escroquerie (4), de recherche de versements à l'aide de faits faux ou de distribution de dividendes fictifs pouvaient alors se trouver

(1) Copper - Royer, Journal spécial des sociétés, 1936, p. 15.

(2) Préc., n° 92, p. 95.

(3) Touffait, préc., n° 166 et s., p. 174 et s. ; Constantin préc. p. 638 et s. ; J. C. Soyer, Les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, sous la direction de J. Hamel, préc. 1955 p. 215 et s.

(4) Crim. 16.3.1970 J.C.P. 1971-2-16813 note Boulloc, Rev. Soc. 1970-480 note Boulloc.

réalisés. Mais c'était ignorer le préjudice que l'établissement d'un faux bilan pouvait occasionner aux tiers alors même qu'il n'aurait servi à aucune sollicitation de valeurs quelconques, ou n'aurait donné lieu à aucune distribution de dividendes fictifs. Ici encore, ce fut le décret-loi du 8.8.1935 qui incrimina la présentation ou la publication d'un bilan inexact. Ce délit se retrouve défini identiquement dans la loi de 1966 (1). Est sanctionné le fait d'avoir : "même en l'absence de toute distribution de dividendes... sciemment publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact, en vue de dissimuler la véritable situation de la société".

Le bilan, résumé de l'inventaire, revêt en effet une importance capitale pour l'information (2). Il était donc d'un intérêt primordial que les dirigeants fussent incités pénalement à le dresser de façon exacte. Généralement, la fausseté résulte d'écritures qui tendent à majorer l'actif ou à minorer le passif (3) pour diminuer les pertes ou accroître les bénéfices. Mais, exceptionnellement, il peut se produire l'inverse. Le but recherché est soit de faire baisser le cours des titres ce qui permet aux dirigeants de les racheter en sous-main, soit d'éviter le paiement de l'impôt. Sans revenir sur la relativité dont est empreinte tout bilan, il convient simplement de rappeler que la jurisprudence se préoccupe peu d'élire et d'appliquer un système. Répudiant toute considération de technique comptable, elle se réfère uniquement à la directive de prudence dont celle-ci est si imbue (4). Dans tous les cas, il faut démontrer la connaissance par ceux qui présentent ou publient le bilan, des inexactitudes qui le vicient (5). Les modes de divulgation reçoivent en revanche une acception large.

(1) Art. 425-3° pour la S.A.R.L. ; art. 437-2° pour la société anonyme.

(2) Supra n° 385 et s.

(3) Un exemple est cité dans le rapport mensuel de la C.O.B. n° 63 p. 11.

(4) Soyer, préc., p. 230 ; Amiaud, la sincérité des bilans et les dispositions fiscales sur l'amortissement des immobilisations D. 1966-29 ; note Dalsace sous Crim. 18.12.1956 D. 1957-705.

(5) Crim. 14.12.1966 Bull. n° 291 p. 678 ; Paris 12.1.1965 D. 1966.687 note Goré, Rev. Soc. 1965-191, Rev. Sc. Crim. 1965-658 ; J. Larguier, Mauvaise foi et faux bilan, in Dix ans de conférences d'agrégation 1961 p. 293 ; M. Déprez, L'élément moral dans les infractions relatives au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préc., p. 240 ; L. Mermillod, Les délits d'ordre comptable, même ouvrage que la précédente référence, p. 311 et s. ; Amiaud préc. n° 4 p. 30.

On considère qu'il y a présentation dès lors que le projet du bilan est mis à la disposition des actionnaires avant l'assemblée (1). En conséquence, la circonstance que l'inexactitude a été réparée avant la réunion reste étrangère à la réalisation du délit. Quant à la publication, elle peut intervenir par tous moyens. Pour reprendre une formule de la Cour d'appel de Paris (2) : "La publication du bilan doit s'entendre de tout procédé ayant pour but et pour effet de le faire connaître aux tiers, fût-ce individuellement, dans le cadre de l'administration de la société et pour les besoins de celle-ci".

Le délit d'information mensongère sur la situation de la société. L'article 457 alinéa 1 de la loi de 1966 (3) punit "tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société...". Le délit se justifie par la nécessité de sanctionner sévèrement les commissaires qui ont trahi la confiance que les associés et le public doivent pouvoir leur accorder.

L'infraction suppose la réunion de deux conditions. D'abord, la communication doit porter sur des informations concernant la société et en rapport avec la mission du commissaire. Ensuite, l'information donnée ou confirmée doit être mensongère. Ce terme implique une dissimulation. Une simple erreur exclurait la responsabilité pénale (4).

b) Incrimination de la fausse publication à travers ses conséquences.

La sollicitude du législateur s'exerce à l'égard de l'épargnant en deux occasions. Premièrement, lors d'une souscription, il importe de se défier des agissements des fondateurs ou dirigeants. Certes, leurs cocon-

(1) Trib. corr. Seine 13.7.1963 G.P. 1963-2-325.

(2) 12.7.1969 G.P. 1969-2-270.

(3) Rédaction modifiée par la loi n° 67-16 du 4.1.1967.

(4) Crim. 29.1.1963 J. Soc. 1963-205.

tractants bénéficient déjà de la protection du droit civil. Mais, la gravité des dangers qu'ils encourent est telle qu'ont été érigées en infractions pénales les fraudes les plus fréquemment employées pour surprendre leur consentement. En second lieu, au niveau du marché des valeurs mobilières, le droit pénal contribue à maintenir l'égalité entre négociateurs face à l'information.

532

Le délit de simulation et de publication de faits faux de l'article 433-2° et 3° de la loi du 24.7.1966 (1). Reprenant les termes de l'article 15 de la loi du 24.7.1867 (2), l'article 433-2° et 3° de la loi de 1966 dispose que : "Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2.000 francs à 40.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement : 2° ceux qui, sciemment, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 3° ceux qui, sciemment, pour provoquer des souscriptions ou des versements, auront publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque..."

Ce délit a pour objet d'assurer la correction des opérations au moyen desquelles les sociétés constituent leur capital (3). Tandis qu'en vertu des textes relatifs au délit d'escroquerie l'obtention de signatures

-
- (1) Touffait, préc., p. 104 et s., n° 101 à 131 ; Constantin, préc., p. 540 et s.
(2) Rédaction modifiée par le D.L. du 8.8.1935 ; Gautrat et Constantin, Traité théorique et pratique des syndicats financiers, 1931, p. 100 et s. n° 80 et s. ; thèse Noirel p. 23 et s.
(3) Selon l'article 452-1 ajouté à la loi de 1966 par la loi n° 69-12 du 6.1.69 : "Les dispositions des articles 433 à 436 relatives à la constitution des sociétés anonymes sont applicables en cas d'augmentation de capital".

ou la remise de fonds n'est punie que si son auteur emploie des moyens frauduleux, ici la simulation ou le simple mensonge permettent la répression quel que soit le moyen de publicité utilisé. Certains auteurs auraient cependant voulu restreindre la portée du texte en soutenant que le législateur s'était référé tacitement aux articles 1641 et 1642 du code civil sur les vices rédhibitoires. Tous les mensonges apparents auraient alors échappé à la répression. En réalité, la loi ne distingue pas. Bien au contraire, en visant "tous autres faits faux", elle interdit ces publications en des termes très généraux. A n'en pas douter l'intention a été de proscrire d'une manière totale et absolue l'emploi du mensonge. Toutefois, il faut, pour que le délit soit constitué, que la publication ait porté sur un fait précis et non pas sur une opinion plus ou moins élogieuse ou une prévision, sauf anomalie de celles-ci (1).

Dans sa thèse(2), Monsieur Noirel a mis en évidence la conception extensive qu'adoptait la chambre criminelle de la Cour de cassation, sous le régime antérieur à 1966, dans l'interprétation des conditions de l'infraction. Les faits de l'espèce qui servit à la démonstration étaient les suivants : la Société des eaux minérales de Charbonnières avait constitué une filiale. Puis celle-ci augmenta son capital et la société mère souscrivit à 4600 actions qu'elle espérait placer dans le public. A cet effet, elle diffusa une circulaire proposant la rétrocession d'actions et précisant qu'elle garantissait le capital de sa filiale et un dividende de 6%. Après clôture de la souscription, l'assemblée générale de la société mère limita la garantie du capital à quinze ans et décida que le dividende ne serait versé que dans la mesure des bénéfices réalisés. Or, la société n'en continua pas moins à vendre les titres sans mentionner les restrictions. Les administrateurs furent condamnés et la chambre criminelle (3) rejeta leur pourvoi : "Le fait faux ne consiste pas tant dans la publication même de la notice que dans l'usage et l'exploitation qui en ont été

(1) Rouen 26.7.1912, J. Soc. 1913 p. 264. La création d'une société de commerce étant un acte essentiellement spéculatif, la souscription comporte un aléa : Le souscripteur doit "faire preuve d'une prudente circonspection avant de s'engager dans une affaire".

(2) Thèse préc., p. 25, n° 25.

(3) Crim. 30.7.1937, S. 1938-1-369, note Rousseau.

faites, après la délibération restreignant la garantie primitive". Ainsi que le remarqua l'auteur, les restrictions ne pouvaient être opposables aux acheteurs car la volonté unilatérale de la société ne pouvait suffire à la délier de son engagement. Donc, la publicité n'était pas devenue mensongère. Néanmoins, les sanctions pénales requrent application.

533

Sur le marché des valeurs mobilières, le législateur a incriminé les pratiques susceptibles de rompre l'égalité entre les négociateurs. L'article 10-1 alinéa 2 de l'ordonnance du 28.9.1967 modifiée par la loi n° 70-1208 du 23.12.1970 organise la répression de l'action frauduleuse sur les cours. Le texte punit d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 5000 à 5 millions de francs, dont le montant pourra être porté au-delà de ce chiffre jusqu'au quadruple des gains éventuellement réalisés, ou de l'une de ces deux peines seulement, le fait de "toute personne qui aura sciemment répandu dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur la marche technique, commerciale ou financière d'une société, afin d'agir sur le cours des titres de celle-ci".

En vérité, ce nouveau délit rappelle celui de l'article 419 du code pénal qui réprime ceux qui "auront directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés" par l'un des moyens qu'il énumère et qui sont, notamment : semer sciemment dans le public des faits faux ou calomnieux, exercer ou tenter d'exercer, soit individuellement soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, ou encore par des moyens frauduleux quelconques.

La comparaison révèle néanmoins deux avantages de l'article 10-1 alinéa 2. La peine d'amende maximum est considérablement élevée de sorte qu'on a pu parler de "record absolu" (1). Ensuite, il permet d'appréhender

(1) J. Hémard, in, Les incitations des particuliers à l'épargne, p. 122 note 11.

une information non seulement fausse, mais encore trompeuse. Le dernier terme sera peut-être malaisé à mettre en oeuvre en pratique ; du moins reprend-il les principes dégagés par la Commission des opérations de bourse en matière d'information occasionnelle. Il importe de préciser davantage l'élément matériel de l'infraction. La loi incrimine une action : la propagation. Dès lors doit être tenu à l'abri de toute poursuite celui qui, connaissant l'inexactitude d'une information, la laisse se répandre dans le public. Cette dernière expression amène également à exclusion de la répression une lettre adressée à un particulier. Mais que dire s'il s'agit d'une lettre circulaire confidentielle expédiée à un cercle plus ou moins restreint de personnes ? Chaque envoi isolé répudie l'idée de propagation. Cependant, considérés dans leur ensemble, en est-il toujours ainsi ? Les règles d'interprétation du droit pénal militent en faveur du maintien de la solution. C'est ce qui avait été d'ailleurs décidé à propos de la définition de la souscription publique (1).

II - Usage irrégulier de titres dans la réclame financière (2).

L'épargne ne doit pas uniquement se défier de la publicité mensongère. L'expérience a révélé les dangers d'une autre publicité consistant à faire miroiter aux yeux du public les qualités et les distinctions honorifiques de personnages attachés à un titre quelconque à des entreprises riches en promesses et en désillusion.

A la suite du scandale de la Gazette du franc (3), la loi de finances du 30.12.1928 avait établi des pénalités contre : "les directeurs ou gérants de sociétés ou d'établissements à objet commercial, industriel ou financier qui auraient fait ou laissé figurer le nom d'un membre du Gouvernement, d'un sénateur ou d'un député avec la mention de sa qualité,

(1) Crim. 11.2.1941, J.C.P. 1941-2-1644, note Bastian.

(2) Art. 262 et 263 code pénal ; P. Le Tourneau, Périlleuses vanités, de l'article 262 du code pénal, D. 1972 p. 157.

(3) Crim. 22.2.1935, G.P. 1935-1-514.

sur tous prospectus, annonces, tracts, réclames ou documents quelconques publiés dans l'intérêt de l'entreprise qu'ils dirigent ou se proposent de fonder".

Après de nouveaux scandales, la loi du 11.1.1936 étendit le domaine d'application de ces mesures aux anciens membres du Gouvernement, aux fonctionnaires ou anciens fonctionnaires, et aux membres de la légion d'honneur ; et les mêmes peines étaient déclarées pouvoir atteindre les banquiers ou démarcheurs qui auraient fait usage desdits prospectus, annonces, tracts, réclames ou documents.

Enfin, l'ordonnance n° 58-1298 du 23.12.1958 a donné à l'infraction sa forme actuelle et l'a insérée dans les articles 262 et 263 du code pénal. Trois éléments constitutifs sont requis : une publicité, qui fasse état d'un concours d'une personnalité visée par la loi, et la preuve d'une intention coupable. L'innovation des dispositions présentes a consisté à étendre encore davantage la liste des personnes visées. Elle comprend désormais : les membres du Gouvernement ou du Conseil économique et social, les parlementaires, les fonctionnaires ou membres de la légion d'honneur, ainsi que les anciens membres du Gouvernement, parlementaires ou fonctionnaires.

535

B/ Les infractions érigées pour que soient respectées les formalités de publicité.

A tous les stades de la vie d'une société commerciale, le droit pénal est omniprésent. Une étude exhaustive obligerait à reprendre point par point les deux premières parties. Les instruments de publicité, le contrôle qui s'exerce sur elle, la mise en place des structures sociales, et le fonctionnement de la société forment autant de pôles où la répression est susceptible d'intervenir (1). En dépit de la multiplicité des

(1) Sous le droit antérieur : J.M. Aussel, Les délits concernant la publicité, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, préc., p. 128 et s.

infractions, on peut tenter de les présenter en les regroupant de la façon suivante : les unes s'attachent à rendre efficient le contrôle de la publicité ; les autres sanctionnent directement l'inaccomplissement des formalités de publicité.

536

Des sanctions pénales assortissent la désobéissance aux injonctions du juge commis à la surveillance du registre du commerce (1), ainsi que toute indication inexacte ou incomplète fournie en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative à ce registre (2). Il convient toutefois de remarquer qu'en pratique ces sanctions restent inusitées. Cette inefficacité a-t-elle un caractère inéluctable ? L'expérience anglaise tendrait à démontrer qu'il n'en est rien(3)

Ensuite, la qualité de l'information dépendant des possibilités données aux commissaires aux comptes d'accéder aux documents sociaux, une innovation de la loi de 1966 a consisté à prévoir sous menace pénale la réalisation de cette condition (4), et à assujettir ces contrôleurs à une obligation de sincérité dans l'information qu'ils dispensent personnellement (5). Dans le même sens, l'ordonnance de 1967 créant la C.O.B. lui a octroyé un droit d'enquête que renforcent des dispositions répressives (6).

537

En second lieu, une description de la vie de la société peut être esquissée au travers du droit pénal. A l'occasion de l'émission et de la négociation des titres, la loi réprime trois types de faits : l'omission des mesures de publicité préalables (7) ou l'inaccomplissement des formalités constitutives (8) ; les infractions à la réglementation du

(1) Art. 1 ordonn. 58-1352 du 27.12.1958.

(2) Art. 2 ordonnance préc., et art. 480 loi 1966.

(3) Tunc, Droit anglais des sociétés anonymes, préc., p. 170, n° 114.

(4) Art. 458 loi 1966.

(5) Art. 457 loi 1966.

(6) Art. 5 et 10 al. 2 se réfèrent à l'art. 458 loi 1966 en ce qui concerne le refus de communication ; art. 10 al. 3 se réfère à l'article 484 loi 1966 pour le refus de se rendre aux convocations de la C.O.B.

(7) Art. 467 et art. 483 loi 1966.

(8) Art. 432 loi 1966.

colportage et du démarchage des valeurs mobilières (1) ; l'exploitation d'informations privilégiées par les initiés (2).

A propos de la vie sociale, réapparaît la distinction entre publicité permanente et périodique. Déjà, constituent des délits l'omission d'établir des documents comptables (3) ou leur présentation non conforme à (4) ce que prescrit la réglementation. Puis la loi réprime l'inobservation de l'information permanente des actionnaires (5) ou associés (6) ; le défaut de publicité sur les documents sociaux (7). Quant aux infractions relatives à la publicité périodique, les premières concernent les assemblées générales : soit qu'il y ait un défaut de convocation (8), ou d'information préalable (9), ou d'établissement de la feuille de présence et du procès-verbal des délibérations (10). Les autres délits sanctionnent : les uns, l'information des actionnaires des sociétés dont les actions sont inscrites à la cote officielle et dont le bilan n'excède pas dix millions (11) ; les autres, les infractions aux règles de publicité de certains documents sociaux dans les sociétés par actions dont les titres sont cotés et dont le bilan dépasse dix millions (12), ou dans les sociétés qui leur sont assimilées pour la publicité périodique (13).

(1) Art. 1 et 2 D.L. 8.8.1935.

(2) Art. 10-1 al. 1 de l'ordonnance de 1967 modifiée par l'art. 4 loi n° 70-1208 du 23.12.1970. Un jugement du tribunal correctionnel de Paris (11° ch.) rendu le 29.10.1975 précise l'infraction : il n'est pas exigé, pour que l'infraction soit constituée, que le prévenu ait eu une intention spéculative ; il suffit qu'il ait faussé le jeu du marché boursier en rompant, par son action illicite, l'égalité nécessaire entre tous les clients de ce marché. G.P. journal des 21 et 22.1.1976 p. 14 et s.

(3) Art. 439-1 loi 1966.

(4) Art. 439 2° loi 1966.

(5) Art. 293 décret 67.236 complété par l'art. 29 décret 68-25 du 2.1.1968 ; art. 445-4° loi 1966.

(6) Art. 426-3°.

(7) Pour toutes les sociétés : art. 74 décret 67.237, art. 266 décret 67.236, art. 454 loi 1966 ; pour la S.A.R.L. : art. 429 loi 1966 ; pour la société anonyme et en commandite par actions : art. 462 loi 1966.

(8) Art. 441 et 442 loi 1966.

(9) Art. 443, 445-1°, 445-2°, 445-3° loi 1966. Dans le cas d'un envoi d'une formule de procuration : Art. 444 loi 1966. L'obligation faite à la société par l'article 133 décret 67.236 de joindre à la formule de procuration qu'elle adresse spontanément à l'actionnaire des documents autres que ceux énumérés par l'art. 444 loi ne paraît assortie d'aucune sanction pénale puisqu'elle n'entre pas dans les prévisions de cet article ou d'un autre texte.

(10) Art. 447 à 447-3° loi 1966 ; art. 438 loi 1966 pour l'omission de la tenue des procès-verbaux des délibérations de conseils d'administration.

(11) Art. 446 loi 1966.

(12) Art. 484 loi 1966 modifié par l'art. 31 loi 67.559 du 12.7.1967 ; art. 484-2° et 484-3° loi 1966.

(13) Art. 485 loi 1966 modifié par l'art. 32 loi 12.7.1967 et art. 12. ord. 67.833 du 28.9.1967.

Le droit pénal spécial des sociétés incrimine de façon excessive, selon certains, la violation des lois et règlements, c'est-à-dire principalement la loi du 24.7.1966 et les décrets du 23.3.1967. Mais il ne se meut qu'à l'intérieur de ce cadre et manifeste ainsi une rigidité dont le droit comparé dénonce les inconvénients. Aux Etats-Unis, les articles 24 de la loi de 1933 et 32 (a) de la loi de 1934 ont érigé en délit pénal les infractions commises de manière volontaire à la législation boursière ou aux règlements et ordres de la S.E.C. (1). Un tel privilège a été refusé à la C.O.B.. Elle ne reçoit l'appui du droit pénal que lorsqu'elle mène des investigations. En revanche, des sanctions répressives n'assortissent pas les règlements qu'elle émet. Ce sont des recommandations. L'efficacité immédiate de son action s'en ressent. Tout au plus peut-elle exprimer le souhait d'une intervention législative. Le droit anglo-saxon se montre moins légaliste. Une autre illustration de cette opposition résulte de ce que le droit anglais prévoit parfois la possibilité pour le juge de prononcer une peine d'amende dont le montant est laissé à sa discrétion (2). Le principe de légalité criminelle s'y oppose en droit français.

Section 2 - Mise en oeuvre de la responsabilité pénale.

Deux questions doivent être précisées. Chacune se rapporte aux sujets de l'action. Qui la met en oeuvre et contre qui ?

§ 1. Personnes punissables.

Comme en droit commun, les personnes punissables sont les auteurs et les complices de l'infraction. L'auteur est le plus souvent une personne déterminée par la loi, soit le président, un administrateur ou un direc-

(1) J.L. Moulin, thèse préc., p. 42 et 43.

(2) Art. 438 loi 1948 punissant la déclaration de mauvaise foi dans certains documents ; art. 113 et 114 loi 1967.

teur général ; ou, dans certains cas, quiconque commet un acte répréhensible. Ainsi, par exemple, une action répressive dirigée contre une personne remplaçant habituellement le président en cas d'absence a pu être déclarée recevable (1).

Cependant, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 mai 1974 (2) devrait inciter les dirigeants de société à une extrême vigilance. En effet, il condamne le président directeur général d'une société dont les actions étaient cotées en bourse, pour avoir omis de faire dans les délais prescrits certaines des publications prévues par l'article 484 de la loi de 1966 et par les articles 294 , 295 et 296 du décret n° 67.236 du 23.3.1967. Le président avait pourtant soutenu qu'il avait délégué à un préposé de la société, comptable agréé, le pouvoir de procéder à ces publications et il se prévalait de la jurisprudence qui, en matière de contraventions à la réglementation sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs, exonère le chef d'entreprise qui a délégué ses pouvoirs à un salarié. La chambre criminelle n'a pas été sensible à cette argumentation. Elle s'est fondée sur les termes mêmes des articles 484 et 489 de la loi de 1966. Ces textes précisent les dirigeants sociaux qui peuvent être punis sans mentionner les préposés, à la différence de l'article 173 du livre 1er du code du travail - devenu l'article L 263-2 du nouveau code du travail -. Une délégation consentie par le président à un préposé n'exonère donc pas toujours le premier de sa responsabilité.

Mais la culpabilité n'est pas uniquement considérée abstraitement, par référence à une qualité. A ce propos, la loi de 1966 rend plus fréquemment applicables aux dirigeants de fait des sociétés les sanctions encourues par les dirigeants légaux(3). N'apparaissant pas en nom et en

(1) Pau 24.5.1961, Rev. Soc. 1962 p. 48 note Autesserre, D. 1961-727.
Sur pourvoi : Crim. 4.7.1962 D. 1963-96 note J.M.R., J.C.P. 1963-2-13321 note Colombet, R.T.D.Com. 1963 p. 331 et 1964 p. 585.

(2) Rev. Soc. 1974-752 note Bouloc.

(3) J. Robin, Les responsabilités pénales des dirigeants de fait de sociétés commerciales dans la loi du 24.7.1966, Rec. dt.pénal 1967 p.1 et s.

raison même de leur impunité, les dirigeants occultes avaient antérieurement à 1966 une fâcheuse tendance à prendre les plus grandes libertés avec la légalité. La jurisprudence n'y avait pallié qu'au cas de faillite. Elle avait considéré comme commerçant de fait, personnellement passible de la faillite, celui qui masquait ses agissements sous le couvert d'une société, qu'il fût ou non un dirigeant légal (1). Cette solution avait été reprise par le décret-loi du 8.8.1935 dans l'article 446 nouveau du code de commerce (2). Mais sur le plan pénal, les dirigeants de fait échappaient à la plupart des sanctions qui auraient pu être prononcées s'ils avaient été dirigeants légaux. Aucun texte ne les visait expressément hormis deux exceptions. En matière fiscale les délits prévus par les articles 1741 et 1743 du code général des impôts y dérogeaient (3). On concevait également l'application de la législation de droit commun (4). Mais le principe d'interprétation restrictive interdisait toute extension (5). Comme au surplus, le dirigeant légal restait pratiquement toujours dans l'ignorance complète des agissements du dirigeant de fait, il devenait impossible de le tenir pour responsable du délit et de le considérer par voie de conséquence comme complice du véritable maître de l'affaire.

(1) Req. 9.2.1932 S. 1932-1-177.

(2) Com. 19.4.1961 Bull. n° 180 p. 159 ; Com. 18.3.1963 Bull. n° 158, p. 130 ; Com. 28.4.1964 Bull. n° 212 p. 179.

(3) Art. 1835 et 1837 de l'ancienne codification. Art. 1741 al. 1 C.G.I. ; "... Quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification...". Art. 1743, 1° C.G.I. : "... Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal et au livre d'inventaire...". Crim. 21.1.1959 Bull. n° 58 p. 106 ; Crim. 23.11.1960 Bull. n° 541 p. 1060 ; Crim. 21.12.1960 Bull. n° 599 p. 1175 ; Crim. 4.2.1965 Bull. n° 36 p. 79 ; Crim. 21.12.1971 D. 1972-465 note J.M.R.

(4) Crim. 6.10.1960 Bull. n° 438 ; Crim. 13.10.1960 Bull. n° 451.

(5) Crim. 17.1.1956 Bull. n° 68 ; Crim. 17.10.1957 S. 1958-225 note Decheix ; Crim. 24.10.1957 Bull. n° 673. Contra ; Crim. 16.1.1964 J.C.P. 1964-2-13612 note J.R., D. 1964-194 note J.M.

541

Ces réserves ont été balayées par le "maëlstrom" des lois du 24.7.1966 sur les sociétés commerciales et du 13.7.1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes. Seule doit être retenue de ce dernier texte la formule selon laquelle : "tous ceux qui, directement ou par personne interposée, auront en fait exercé la direction, l'administration et la gestion sociale" s'exposent aux délits assimilés à la banqueroute.

En revanche, davantage de développements doivent être consacrés à la loi sur les sociétés. Déjà, le titre 2 de la loi de 1966 comprend un premier chapitre réservé aux infractions dans les S.A.R.L. (1). Aux termes de l'article 431 : "Les dispositions des articles 424 à 429 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une S.A.R.L. sous le couvert ou aux lieux et place de son gérant légal". Relativement à la publicité, la liste des infractions visées est très étendue puisqu'elle comprend : la présentation de faux bilan (2), l'omission sur les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers des mentions précisant la nature de la société et l'importance de son capital (3), le défaut d'établissement des comptes sociaux et l'inobservation des formalités ayant pour objet l'information des associés (4). La gestion de fait se définit comme étant celle d'une personne qui bien que n'étant pas habilitée légalement pour assumer les fonctions de gérant, oriente et dirige néanmoins l'activité sociale. Un acte isolé d'immixtion dans la gérance ne suffit pas à la caractériser. Il faut un comportement habituel. Une formulation identique est reproduite à propos des sociétés par actions (5). Mais son domaine apparaît singulièrement plus vaste. Les dirigeants de fait peuvent se voir imputer presque tous les délits sociaux. Ils échappent uniquement aux infractions concernant certaines formalités de publicité particulières aux sociétés cotées et dont le bilan dépasse dix millions, et à celles qui leur sont assimilées (6).

(1) Art. 423 à 431 loi 1966.

(2) Art. 425 loi 1966.

(3) Art. 429 loi 1966.

(4) Art. 426 loi 1966.

(5) Art. 463 et 478 loi 1966.

(6) Art. 484 et 485 loi 1966.

§ 2. Exercice des poursuites.

Il ne s'agit évidemment pas d'opérer un rappel du droit commun mais de présenter ce qui s'en différencie. L'originalité tient essentiellement à l'association aux poursuites des organes de contrôle de l'information : les commissaires aux comptes et la C.O.B. .

A/ Le rôle des commissaires aux comptes dans la mise en oeuvre des poursuites.

Introduite en droit français lors de la réforme de 1935, l'obligation pour les commissaires aux comptes de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance s'est maintenue dans la loi de 1966 - article 233 alinéa 2 et article 457 - malgré les nombreuses critiques de la doctrine (1).

La singularité de la mesure mérite d'être soulignée. D'une manière générale, en effet, un simple particulier est parfois tenu de dénoncer les crimes - article 62 du code pénal - mais jamais contraint de porter les simples délits à la connaissance du ministère public. De surcroît, le secret professionnel lie le commissaire aux comptes quant aux renseignements dont

(1) A. Dalsace. Un texte à abroger : l'avant-dernier alinéa de l'article 34 loi 1867. G.P. 1963-1-81 ; Coré, L'affaire du C.N.L. et les délits relatifs à l'administration des sociétés, J.C.P. 1964-1-1855 ; Launais et Bokobza, Le commissaire aux comptes des sociétés anonymes devant l'obligation de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa fonction, G.P. 1965-10 ; P. Simon, De la dénonciation par les commissaires aux comptes des faits délictueux, Revue Banque 1965, 697 ; traité Ripert et Roblot n° 1355 ; rapport annuel C.O.B. 1970 p. 85 ; obs. Houin R.T.D. Com. 1963 p. 858 et 1964 p. 110-111. Contra : Touffait préc. n° 517 p. 480 et 481. T.G.I. Lyon 5.2.1973 Bull. Cons. national des commissaires aux comptes juin 1973 p. 263, R.T.D.Com. 1973-584 ; Trib. Corr. Paris 19.3.1974 préc. Il ne peut s'agir d'une plainte puisque le commissaire n'est pas victime de l'infraction. Sa constitution de partie civile est irrecevable. Crim. 29.11.1960 J.C.P. 1961-2-12136 note Bouzat. Selon une enquête menée en 1973 par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes auprès de 1250 commissaires, 170 révélations de faits délictueux avaient eu lieu - in La brochure : La révélation des faits délictueux, supplément au Bulletin n° 17 du Conseil national des commissaires aux comptes.

il a pu être informé en raison de ses fonctions - article 233 alinéa 3 loi 1966 -. En outre, les assujettis eux-mêmes se considèrent comme les défenseurs des actionnaires et non comme les auxiliaires du parquet. Or, font-ils observer, l'accomplissement de leur mission risque de devenir plus difficile si les dirigeants peuvent craindre qu'une information communiquée soit utilisée contre eux. Les commissaires redoutent également d'engager leur responsabilité par une révélation mal-fondée, la qualification des infractions commises en matière de sociétés étant souvent délicate. En réalité, sur ce dernier point, l'article 233 de la loi leur accorde une garantie de principe en écartant la possibilité de les mettre en cause. L'immunité va de soi si la révélation s'avère exacte. Elle devient cependant beaucoup moins certaine dans l'autre cas.

Le droit anglais adopte une conception plus heureuse qui se fonde sur le postulat que ceux qui bénéficient de la confiance de la société et la dirigent sont honnêtes. Pour reprendre les termes d'une décision judiciaire anglaise : "Un commissaire aux comptes n'est pas tenu d'être un détective ou, comme on l'a dit, d'entreprendre son travail avec un esprit de suspicion ou avec un préjugé qu'il y a quelque chose de mal (dans la société). Il est un chien de garde mais non pas un chien policier. Il est fondé à croire les employés éprouvés de la société dans lesquels celle-ci a placé sa confiance. Il est fondé à présumer qu'ils sont honnêtes et à se reposer sur leurs exposés, pourvu qu'il agisse avec une diligence suffisante. S'il y a quelque chose qui soit propre à faire naître le soupçon, il procédera à un examen approfondi mais en l'absence de tout fait de ce genre, il est seulement tenu d'être raisonnablement prudent et diligent"(1).

Supprimer cette disposition décriée n'aurait pas du reste des effets trop néfastes pour la protection des bénéficiaires de l'information. Le défaut de révélation aux actionnaires entraînerait encore la responsabilité civile du commissaire : l'article 234 alinéa 2 de la loi de 1966

(1) Cité par M.E. Du Pontavice, Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes, n° 16, p. 417. Dans le même sens : traité Ripert et Roblot n° 1355.

le déclare civilement responsable des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire lorsque, en ayant eu connaissance, il ne les a pas révélées dans son rapport à l'assemblée générale.

544

Le commissaire a l'obligation de révéler les faits délictueux c'est-à-dire l'ensemble des irrégularités que réprime la loi pénale sans égard à leur qualification précise. Mais doit-il dénoncer toutes les infractions dont il a eu connaissance ou seulement celles qui ont un rapport avec la vie sociale ? La doctrine est partagée. Les uns relèvent que cette attribution n'incombe aux commissaires aux comptes qu'en cette qualité et concluent qu'il serait inadmissible de soutenir qu'elle s'étend aux crimes et délits dont la constatation ne dérive pas de l'exercice normal de la fonction (1). A l'inverse, d'autres arguent de l'absence de distinction du texte de la loi en faveur d'une interprétation large (2). Il semble que puisse se dégager une solution moyenne. L'obligation de dénonciation ne devrait pas se limiter aux délits incriminés par la loi de 1966, mais couvrir toutes les infractions susceptibles de nuire à la société contrôlée (3).

Plus délicate apparaît la question de savoir si les infractions fiscales entrent dans ce domaine ? L'incompétence en la matière du procureur de la République peut être invoquée à l'appui d'une réponse négative. L'initiative des poursuites appartient ici au service chargé de l'assiette ou du recouvrement de l'impôt (4). L'argument ne convainc pourtant pas Messieurs Guyon et Coquereau (5) qui lui opposent deux objections. D'abord, il est rare qu'une fraude fiscale ne constitue pas simultanément une infraction de droit commun. Ensuite, ces auteurs observent que l'incompétence

(1) Constantin préc. p. 847 ; De Juglart et Ippolito, Droit commercial 1970-2-n° 756.

(2) Rousselet et Patin, préc. n° 354 ; Patin, Caujolle, Aydalot, Robert préc. p. 301.

(3) Exercice du commissariat... préc. p. 335.

(4) Art. 1741 C.G.I.

(5) préc., n° 322 p. 248.

du ministère public a une portée strictement procédurale. Bien que non qualifié pour mettre en mouvement les poursuites, le parquet a la ressource de signaler la fraude aux services fiscaux.

Enfin, peu importe que l'infraction ait été commise par les dirigeants eux-mêmes ou par des employés de la société : le commissaire, tenu en quelque sorte in rem, doit toujours la révéler au parquet (1). Se manifeste là un principe général du droit pénal : l'obligation de dénonciation concerne les crimes, mais non les criminels (2).

545

L'élément intentionnel de l'obligation. Aux termes de l'article 233 de la loi de 1966, l'obligation de dénonciation concerne les faits dont le commissaire a eu connaissance. Cette dernière doit s'entendre comme la connaissance de la matérialité de l'acte, et non de son caractère délictueux ; l'erreur de droit ne saurait constituer un fait justificatif, surtout lorsqu'elle émane d'un professionnel (3). En revanche, l'ignorance matérielle du fait justifie l'intéressé du point de vue répressif.

Mais peut-on condamner le commissaire aux comptes au prétexte qu'il aurait dû avoir connaissance du fait ? Est-il censé connaître le fait ? Des auteurs estiment que la non-révélation des faits délictueux est proche d'un délit d'imprudence : il y a des choses qu'un professionnel ne doit pas ignorer (4). Tout au plus certains d'entre eux considèrent-ils que le commissaire pourrait se disculper dans le cas où l'exercice normal de sa mission ne lui aurait pas permis d'avoir connaissance de l'infraction

(1) Wisner. Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes. Rev. Soc. 1967 p. 376.

(2) Crim. 2.3.1961 J.C.P. 1961-12092 note Larguier ; D. 1962-121 note Bouzat ; S. 1961-105 note M.R., M.P.

(3) Paris 15.1.1964 G.P. 1964-1-293 ; R.T.D.Com. 1964-355 note Houin. On doit regretter la formulation maladroite d'un arrêt de la chambre criminelle du 8.2.1968 (Bull. n° 42 p. 95) qui laisserait penser que la connaissance du caractère délictueux constituerait un élément indispensable pour qu'existât l'obligation : "encourt les sanctions prévues par les textes le commissaire aux comptes qui connaissant l'inexactitude d'un bilan publié et conscient du caractère délictueux de ce fait, n'a pas avisé le procureur de la République ou ne l'a avisé que tardivement, alors qu'une information était déjà ouverte".

(4) Delmas-Marty préc., 1973, p. 316 et 317.

comme (1). Néanmoins, dans les deux cas, la charge de la preuve pèserait sur le commissaire aux comptes.

Une telle interprétation restrictive ne prévaut pourtant pas en doctrine et en jurisprudence. En effet, le texte légal ne vise pas la situation des commissaires aux comptes qui auraient pu avoir connaissance ou auraient dû avoir connaissance, mais qui "ont connaissance" (2) ou "auront connaissance" (3). Le jugement précité du 16.5.1974 qu'a rendu le tribunal correctionnel de Paris est exemplaire : "Un examen sérieux de la comptabilité leur (les commissaires aux comptes) aurait révélé la finalité de l'opération et les abus de biens sociaux consécutifs à ces prélèvements ; attendu toutefois que la responsabilité pénale des commissaires aux comptes ne peut découler que de leur connaissance de malversations ou de risques anormaux courus par la société qu'ils ont sciemment cachés aux actionnaires ; qu'en l'espèce, l'instruction et les débats établissent de façon certaine qu'ils ont fait preuve d'une grande négligence et n'ont pas rempli leur mandat, en se fiant à des écritures trompeuses et aux explications des dirigeants... mais que la preuve n'est pas formellement établie qu'ils ont sciemment certifié un bilan qu'ils savaient inexact ; qu'ils seront par conséquent relaxés au bénéfice du doute des chefs d'inculpation relevés à leur encontre..." (4).

Cette solution s'explique parfaitement si l'on songe qu'il faut parfois des années à des experts comptables commis par un juge d'instruction pour découvrir un délit. Comment le commissaire qui ne dispose généralement pas des moyens suffisants pour se livrer à une telle expertise pourrait-il être pénalement responsable de ne pas avoir remarqué un délit soigneusement dissimulé ! (5). Il convient enfin de noter que si l'admis-

(1) Larguier, préc. p. 299.

(2) Art. 233 al. 2 loi 1966.

(3) Art. 457 loi 1966.

(4) Dans le même sens : Crim. 29.1.1963 Bull. Crim. n° 56, J. Soc. 1963-205, R.T.D.Com. 1963-858 obs. Houin ; Trib. Corr. Pontoise 14.1.1974, Bull. Conseil national des commissaires aux comptes n° 16 p. 405, note du Pontavice. Dalsace préc. G.P. 1963-81 ; Touffait préc. n° 519 ; Patin préc., p. 326 ; Hémar, Terré, Mabilat, préc., tome 2, n° 1062.

(5) MM. Launais et Bokobza, Revue française de comptabilité, 1964, p. 304 à 309.

sion de ce raisonnement a pour conséquence que le commissaire qui s'abstient de toute vérification s'expose moins aux peines prévues par la loi que celui qui ayant fait preuve d'une diligence normale a connu davantage de faits susceptibles d'être considérés comme délictueux ; en revanche, le premier n'échappera pas aux sanctions disciplinaires et civiles.

546

B/ Le rôle de la Commission des opérations de bourse dans la mise en oeuvre des poursuites.

Malgré le particularisme et la technicité de la réglementation nouvelle en matière boursière, le législateur a refusé de substituer à la procédure pénale de droit commun une répression administrative. On ne constate aucune dérogation lors de la mise en mouvement des poursuites. Mais le respect des principes ordinaires apparaît moins nettement dans la procédure d'instruction. Une collaboration forcée a été organisée entre les magistrats et la C.O.B.. Certes, juridiquement, rien n'a été enlevé aux pouvoirs des premiers. L'observation des faits révèle pourtant que la Commission tend à s'arroger un rôle prééminent (1).

Dans sa rédaction primitive, l'ordonnance du 28.9.1967 ne contenait aucune disposition permettant à la C.O.B. d'intervenir dans le déclenchement et dans l'exercice de l'action publique en ce qui concernait les infractions aux règles dont elle avait pourtant pour mission de contrôler l'exécution. Le premier rapport annuel (2) de cet organisme le déplorait en ces termes : la Commission... "ne détient aucun pouvoir particulier à l'égard de la procédure judiciaire. Elle n'a même pas le pouvoir de porter plainte. Elle ne pourrait agir dans ce domaine que comme simple dénonciateur. Alors que la Commission de contrôle des banques dispose d'un véritable monopole de la plainte, et que le parquet ne peut agir qu'après avoir été saisi par celle-ci d'une plainte expresse dont elle est seule juge et qu'elle peut à tout moment retirer, si elle l'estime nécessaire, rien

(1) M. Puech, La C.O.B. et la surveillance du marché boursier au regard du droit pénal, Mélanges Bastian, tome 1 p. 211 et s.
(2) Rapport C.O.B. p. 57.

de tel n'a été prévu pour la C.O.B.". Pour remédier à cette situation résultant du silence des textes, une circulaire du Garde des Sceaux avait prescrit aux parquets d'informer la Commission de toute procédure qui mettrait en cause une société relevant de sa compétence, et de recueillir auprès d'elle tous les renseignements et avis nécessaires au bon exercice des poursuites. La C.O.B. souhaitait toutefois jouir officiellement d'un véritable droit de regard et, à l'image de la pratique américaine, pouvoir participer en tant qu'*amicus curiae* aux instances dans lesquelles sa compétence serait appréciée (1).

47 Pour répondre à ce vœu, la loi n° 70.1208 du 28.12.1970 a modifié les textes alors en vigueur. Un nouvel article 12-1 dispose que "les autorités judiciaires compétentes, saisies de poursuites relatives à des infractions mettant en cause les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne ou à des infractions commises à l'occasion d'opérations de bourse, peuvent, en tout état de la procédure, demander l'avis de la Commission. Cet avis est obligatoirement demandé lorsque les poursuites sont engagées en exécution de l'article 10-1 ci-dessus...", c'est-à-dire du chef de divulgation d'informations mensongères ou trompeuses ou de celui d'exploitation d'informations privilégiées. Le procédé doit être rapproché de celui prévu par l'article 59 quater de l'ordonnance n° 45-1483 du 30.6.1945 (2) pour la Commission technique des ententes et des positions dominantes, et par les articles 19 et 20 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30.6.1945 (3) relative à la pratique des prix illicites. Mais jusqu'à présent, lorsqu'un organisme conseiller était créé, il pouvait être consulté par les tribunaux sans que ceux-ci fussent tenus de solliciter son avis.

(1) Thèse J.L. Moulin préc. ; rapport C.O.B. préc. p. 44 et s. Divers procédés sont utilisés pour parvenir à cette intervention de la S.E.C.. Le tribunal peut se contenter d'une simple demande d'avis adressée à des agents de cet organisme. Il peut demander officiellement la participation de la S.E.C. au procès et il lui communique, dans ce cas, le dossier de l'affaire, la S.E.C. restant libre de refuser ou d'accepter de participer. Enfin, la S.E.C. peut, d'office, se joindre au procès en cours et déposer ses conclusions.

(2) Modifiée par les décrets des 9.8.1953, 27.1.1954 et 28.11.1968.

(3) Modifiée par l'art. 7 de la loi 66-1010 du 28.12.1966 et l'arrêté du 8.8.1967.

La nature purement consultative de cette intervention semblerait devoir la confiner dans un rôle d'importance mineure. Or, l'observation des faits le dément. Certes, l'avis ne lie pas davantage les juges que ne le font les conclusions d'un rapport d'expertise judiciaire. Mais, en réalité, on constate que la Commission détient un véritable monopole de fait dans la mise en mouvement de l'action publique et dans un domaine parfois complexe qui risque de leur paraître étranger les magistrats agréent volontiers son avis. Une étroite collaboration s'est ainsi développée en marge des prévisions légales qui aboutit à ce que le parquet ne déclenche la procédure qu'à la demande de la C.O.B..

Pour la publicité périodique, la liaison a été facilitée par cette circonstance que quel que soit le lieu du siège de la société dont les dirigeants n'ont pas respecté les dispositions de l'article 484 de la loi, compétence a été reconnue au tribunal de grande instance de Paris. Cette attribution résulte de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de "lieu de l'infraction" qui sert à rattacher une activité délictueuse à une juridiction (1). On admet en effet que l'infraction a été commise au siège du B.A.L.O., où la publication devait être faite et où précisément les démarches prescrites par les textes n'ont pas été effectuées (2).

548

La lecture des rapports annuels de la Commission révèle parfaitement l'évolution. Au cours des deux premières années (3), les sociétés défaillantes se sont vues rappeler leurs obligations et, en cas de récidive, menacées de poursuites : "Elle - la Commission - n'a toutefois pas mis en oeuvre ces sanctions préférant, avant de contraindre, essayer

(1) MM. Merle et Vitu, Traité de droit criminel, n° 1340, p. 547 - Les articles 43, 52 et 382 du code de procédure pénale posent le principe de la triple compétence des juridictions du lieu de commission de l'infraction, du lieu de résidence et du lieu d'arrestation.

(2) Ainsi jugé, par exemple, que la contravention de défaut de paiement des cotisations de sécurité sociale est commise au siège de la Caisse où le paiement doit intervenir: Trib. pol. Poitiers 24.8.1951, J.C.P. 1951-4-1697 ; Rép. min., Annales des justices de paix, 1954-68 et 1955-370. Pareillement, l'infraction de rétention par l'employeur de la cotisation ouvrière aux assurances sociales se réalise au siège de la Caisse créancière : Crim. 18.12.1958, G.P. 1959-1-124.

(3) Rapport 1968 p. 47 ; rapport 1969 p. 149.

d'abord de convaincre. Cette attitude ne peut toutefois être que temporaire". L'année suivante, l'attitude fut effectivement plus sévère : "Des sanctions pénales étant prévues pour réprimer l'inapplication des prescriptions réglementaires, la Commission a, en 1970 (1), comme elle l'avait annoncé dans son précédent rapport, saisi les autorités judiciaires aux fins de poursuites pénales contre les dirigeants de deux sociétés ayant commis des infractions nombreuses aux règles régissant les publications périodiques obligatoires. D'autres demandes de poursuites pénales seront faites si, en dépit d'interventions répétées, des retards importants ou défaillances habituelles sont relevées". En 1971, l'attention fut en outre portée spécialement sur les publications relatives au chiffre d'affaires (2). En 1972, "la Commission a usé de sanctions... elle a envoyé au parquet dans le courant du mois de mars dix dossiers relatifs à des cas où les infractions étaient particulièrement nombreuses..." (3).

L'expérience démontre donc que le ministère public se trouve dépossédé pratiquement de son pouvoir traditionnel d'appréciation de l'opportunité des poursuites (4). Mieux, la Commission a redéfini les conditions de la poursuite. Ainsi, l'élément matériel de l'infraction de l'article 484 de la loi est, d'après le texte, un délit simple. La C.O.B. (5) lui confère un caractère d'habitude en exigeant sa répétition.

Quant aux deux derniers rapports, s'ils révèlent l'absence de répression, ils exposent simultanément les raisons de cette paralysie : "L'impossibilité dans laquelle se trouve à certaines époques un service officiel - le B.A.L.O. - d'effectuer en temps utile les publications qu'il doit seul assurer en vertu de la réglementation, empêchant ainsi le respect de délais assortis de sanctions pénales, et la prolongation de cette situation depuis plusieurs années, sont incontestablement de nature à ex-

(1) Rapport 1970, p. 72.

(2) Rapport 1971, p. 105.

(3) Rapport 1972, p. 97.

(4) Y. Serra, L'évolution du droit pénal des sociétés dans le cadre de la mission de la C.O.B., D. 1974 p. 43.

(5) Rapports : 1970 p. 72, 1971 p. 105 et 1972 p. 72.

pliquer l'attitude de certaines sociétés et les difficultés rencontrées par les services de la Commission dans l'exécution de leur tâche de contrôle et de répression des infractions en cette matière" (1).

En réalité ce motif officiel ne constitue peut-être pas l'unique raison de l'énervation de la répression. On discerne dans le rapport annuel de la C.O.B. de 1972 (2) des considérations de nature bien différente et de portée générale. La Commission y émettait le doute que les poursuites correctionnelles fussent suffisamment exemplaires. Elle ajoutait qu'il serait peut-être préférable d'instituer un système de répression plus simple et plus automatique qui consisterait à contraventionnaliser les amendes prévues par les textes actuels, et elle avait d'ailleurs saisi le Gouvernement d'une proposition en ce sens.

(1) Rapport 1973, p. 87.

(2) 5^e rapport annuel, p. 97.

C O N C L U S I O N

Avant 1966, le droit français des sociétés anonymes en était resté pour l'essentiel au système juridique anglais du siècle dernier dont il avait pris exemple, alors que ce régime avait connu depuis de nombreuses améliorations dans son pays d'origine. En conséquence, les législateurs étrangers qui s'étaient inspirés de notre loi du 24.7.1867 s'en étaient peu à peu détournés pour regarder vers d'autres modèles. La situation en France se révélait paradoxale : pour accroître son potentiel économique, la société anonyme avait de plus en plus besoin des épargnants ; or ces derniers, même lorsqu'ils étaient devenus actionnaires, recevaient très peu d'informations de la société. Le système était critiquable et ne contribuait certainement pas à vaincre les scepticismes à l'égard des placements en valeurs mobilières. Comment en effet décider des personnes à investir dans des entreprises dont elles ne peuvent pas juger objectivement les espérances ? De surcroît, en raison de l'omnipotence de fait que s'arrogeaient les dirigeants, les actionnaires étaient éloignés de la société alors qu'il aurait fallu au contraire les en rapprocher. Sans doute faut-il un pouvoir directorial fort mais cet impératif n'implique pas que ses décisions ne puissent jamais être contrôlées, ni avant ni après qu'elles aient été prises. Les droits reconnus aux actionnaires n'altèrent pas le principe de l'autorité de la direction : celle-ci n'est pas partagée et sa légitimité doit en être renforcée car il ne faut pas oublier que la société s'est fondée de par la volonté de ses membres.

550

La présente étude a permis de vérifier que la nouvelle réglementation a considérablement amélioré l'état de choses antérieur. La situation et les résultats sociaux font désormais l'objet de larges mesures de publicité. L'épargnant dispose ainsi de meilleures possibilités d'apprécier l'opportunité de placer ses fonds dans les sociétés qui le sollicitent. D'un autre côté, le législateur s'est soucié de mieux informer les actionnaires de la marche des affaires sociales. Certes, un taux irréductible d'absentéisme subsiste dans les réunions d'actionnaires mais ce qui est essentiel est d'offrir à chacun la possibilité de contribuer aux délibérations et de contrôler la gestion. A ce titre, l'assemblée générale est devenue un organe de contrôle effectif. Et, à supposer même que les actionnaires aient été considérés comme de simples bailleurs de fonds, cette perspective n'aurait pas pour autant supprimé la nécessité d'informer. Les créanciers doivent pouvoir mesurer le crédit des sociétés avec lesquelles ils contractent. Toujours, il s'agit impérativement de préserver l'autonomie de la volonté de ceux qui entrent en relations avec la société anonyme ou qui en sont des membres. Or parce que la liberté suppose l'exercice éclairé de choix, elle implique une information. De grands progrès ont été réalisés. Cependant, il ne suffit pas de constater les améliorations, il faut encore dénoncer les imperfections qui subsistent.

551

Il est apparu que des lacunes existent déjà au niveau de l'organisation de la publicité.

Les premiers griefs résultent de la mise en œuvre imparfaite du droit positif : une très forte proportion de sociétés ne satisfont pas à l'obligation de déposer au greffe du registre du commerce leurs documents sociaux et sans que les greffiers s'efforcent de les y contraindre ; ensuite, les publications au B.O.D.A.C. et au B.A.L.O. interviennent en retard, parce que les greffiers tardent à saisir le premier et en raison de l'engorgement du second provoqué par un afflux d'informations à publier dans un laps de temps réduit.

Les secondes critiques appellent une modification de la réglementation actuelle. A propos de la publicité réalisée au registre du com-

merce, une triple réforme serait souhaitable : davantage de renseignements devraient y être publiés, en particulier la mise à jour en cours d'exercice des comptes annuels ; il serait opportun de remédier à l'absence de coordination entre les multiples registres tenus au greffe et que par une demande unique les utilisateurs de l'information puissent obtenir une description patrimoniale de la société qui les intéresse ; en dernier lieu, il faut regretter que des pouvoirs plus importants ne soient pas conférés aux greffiers à l'effet de contrôler la publicité qu'ils dispensent directement ou indirectement. Quant à la publicité dynamique, les principaux reproches doivent être formulés à l'encontre des journaux d'annonces légales : l'efficacité de la publicité qu'ils assurent peut être sérieusement mise en doute. De plus, il serait certainement préférable de généraliser l'envoi d'informations à domicile aux dépens de la communication au siège social : contraindre le bénéficiaire d'une information à se déplacer au siège de la société est une entrave à une information effective. Excepté l'inventaire, en raison de son volume, tous les autres documents devraient pouvoir être adressés aux titulaires du droit de communication, à charge pour ceux-ci éventuellement d'en supporter les frais. Cette dernière solution permettrait du reste de dissiper certaines discordances entre les textes actuels. Ainsi, par exemple, l'article 139 du décret n° 67.236 spécifie expressément que le rapport des commissaires aux comptes ne peut être consulté qu'au siège social pendant le délai de quinze jours qui précède les assemblées générales alors que l'article 444 de la loi du 24.7.1966 sanctionne le défaut d'envoi aux actionnaires qui le demandent des rapports des commissaires aux comptes qui seront soumis à l'assemblée. Il importe d'autant plus d'admettre la solution de la loi que le contrôle de la publicité par des spécialistes représente un élément fondamental de la protection des bénéficiaires de l'information et que toute mesure qui tend à l'accroître doit être approuvée. En ce sens, il convient de recommander un renforcement des moyens des commissaires aux comptes ainsi que ceux de la Commission des opérations de bourse. Eux seuls sont susceptibles pratiquement de vérifier si l'information rend compte fidèlement des faits.

552

Un perfectionnement de la présente réglementation serait également souhaitable quant à l'objet de la publicité. D'abord, le vœu doit être émis que les comptes sociaux acquièrent un caractère plus significatif : par davantage de précision conceptuelle et par une meilleure appréhension de la réalité économique des groupes de sociétés. A cet égard, l'expérience anglo-saxonne et les projets de directives européennes laissent imaginer ce que pourrait être l'évolution du droit français. Ensuite l'information actuelle prend surtout un caractère comptable, alors que la situation de la société ne se confond pas avec l'état de ses comptes mais s'étend aux hypothèques, privilèges, nantissements ... c'est-à-dire à toutes ses charges potentielles, ainsi qu'à tous les événements susceptibles de l'affecter. Au surplus, trop souvent, l'information intervient tardivement et retrace davantage le passé qu'elle ne décrit les risques de l'avenir.

Relativement aux assemblées générales, ce n'est plus tant l'information qui présente des défauts, que les conditions de la participation des actionnaires au vote. D'une part, la représentation aux délibérations est admise beaucoup trop restrictivement. D'autre part, lors des sollicitations de procurations, le mandant ne devrait pas être placé devant l'alternative d'approuver les résolutions présentées par les dirigeants ou de s'abstenir ; une véritable liberté exigerait que l'actionnaire puisse ratifier ou rejeter chacune des propositions sans être contraint de trouver un mandataire qui accepte de voter en ce sens.

553

L'importance des dispositions légales en matière de publicité est indéniable. Mais ni ce faisceau d'obligations ni l'ampleur des contrôles ne suffisent à parachever le système. Des sanctions s'avèrent indispensables pour déjouer les manœuvres des dirigeants qui informeraient imparfaitement. La découverte en mars 1972 de l'escroquerie d'un milliard de dollars réalisée par l'Equity Funding Corporation en dépit des expertises comptables fort rigoureuses - les audits - dont les managers américains sont si fiers et qui sont censées garantir la probité des affaires, démontre que la dissuasion des fraudes par un régime de sanctions est nécessaire.

Dans l'organisation des sanctions civiles, un équilibre judiciaire a été établi entre la nécessité de réprimer les irrégularités et le souci de sauvegarder les situations acquises par la société et surtout par les tiers.

En revanche, une appréciation moins favorable ressort de l'étude des sanctions pénales. Si leur sévérité est parfaitement justifiée eu égard aux violations les plus graves des obligations légales, elle semble disproportionnée par rapport à certaines omissions ou retards et en conséquence les peines prévues restent alors inemployées. Le risque serait que cette désuétude de la sanction puisse s'étendre à la règle dont elle tend à assurer le respect. La contraventionnalisation de certains faits qualifiés délits actuellement permettrait d'éviter ces inconvénients.

554

Enfin, à travers l'approche technique du problème de la publicité, l'aspect le plus saisissant de l'étude a été de révéler l'opposition de deux types de sociétés anonymes qui obéissent à des régimes profondément originaux selon qu'elles sollicitent ou non publiquement l'épargne. Un signe très marquant de cette spécificité a été l'institution de la Commission des opérations de bourse : depuis sa création et sous son égide, le particularisme des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne n'a cessé de s'accentuer. Un tel mouvement qui paraît irréversible traduit un problème de fond relatif à l'organisation des relations entre les membres de la société anonyme. A une analyse unitaire et globale portant sur toutes les sociétés anonymes tend à se substituer une conception dualiste des rapports qui se nouent au niveau de la société anonyme ouverte et de la société anonyme fermée. Au sein de la première, et à cause de ses dimensions, l'actionnaire doit essentiellement se contenter de "contrôler" la gestion des dirigeants et à la sanctionner par un vote approuvateur ou de défiance ; tandis que dans la seconde, les actionnaires participent généralement à la vie sociale.

555

Mais à partir de ces constatations, la question peut se poser de savoir s'il convient de maintenir la société à responsabilité limitée

à côté d'une société anonyme fermée, ou s'il faut n'en garder qu'une au détriment de l'autre. Pareille suggestion peut sembler audacieuse. Pourtant, l'histoire révèle effectivement une convergence croissante entre le régime juridique de la société à responsabilité limitée et celui de la société anonyme. Après avoir été dotée d'une nature mixte - mi société de capitaux, mi société de personnes - la société à responsabilité limitée est aujourd'hui très proche des sociétés par actions. La considération de l'intuitus personae y a été considérablement affaiblie depuis 1966 : ainsi, le régime de la cession des parts sociales place l'associé dans une situation voisine de celle de l'actionnaire d'une société anonyme dont les statuts contiennent une clause d'agrément et si la cession des parts à des tiers étrangers à la société n'est pas libre, l'associé a désormais la certitude de pouvoir se retirer de la société en cédant ses parts. Peut-être l'évolution de la législation pourrait-elle consister à rapprocher encore davantage voire à assimiler les deux types sociaux. Au niveau du Marché commun, une pareille perspective éviterait que de très importantes sociétés recourent à la forme juridique de la société à responsabilité limitée dans le dessein d'échapper, notamment, à l'obligation de la publication des comptes sociaux que ne prévoient pas encore certaines législations nationales, non plus que le droit communautaire (1).

(1) Sous certaines conditions, l'obligation de publication des comptes des S.A.R.L. est prévue par la proposition de quatrième directive européenne (J.O.C.E., n° C 131/49 du 13.12.1972).

B I B L I O G R A P H I E

I - OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU

- Cours de droit civil français, tome 3, La publicité des privilèges et des hypothèques, 7° éd. par ESMEIN et PONSARD, 1968.

ESCARRA et RAULT

- Traité théorique et pratique de droit commercial, "Les sociétés commerciales". 4 tomes, Paris, 1950-1959.

GAUDEMET E.

- Théorie générale des obligations. 1937.

HAMEL et LAGARDE

- Traité de droit commercial, tome 1, 1954.

HEMARD, TERRE, MABILAT

- Sociétés commerciales. 2 tomes, 1972 et 1974.

HOUPIN et BOSVIEUX

- Traité général des sociétés civiles et commerciales, 7° éd., 1935, supplément 1937.

KELSEN

- Théorie pure du droit, 2° éd., 1962.

LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD

- Traité de droit commercial, tome 2, 5° éd., 1926.

MARTY et RAYNAUD

- Droit civil, tome 3, 1er volume, Les sûretés - La publicité foncière, 1971.

PLANIOL et RIPERT

- Traité pratique de droit civil français, tome 6, Les obligations par ESMEIN, 2° éd. 1952.
Tome 11. Contrats civils, la société et l'association - Par LEPARGNEUR, 2° éd., 1954.

RIPERT G.

- Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine, 1949.
- Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2° éd., 1951.

RIPERT et ROBLLOT

- Traité élémentaire de droit commercial, 2 volumes, 1974 et 1973.

THALLER et PIC

- Traité général, théorique et pratique de droit commercial ; Sociétés. 3° éd. par KREHER, tome 1, 1940.

II - THESES, OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES.

ABEILLE J.

- La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés. Thèse, Marseille, 1938.

AUSSEL J.M.

- Essai sur la notion de tiers en droit civil français. Thèse, Montpellier, 1951.

AVERAN - HORTEUR L.

- De la C.C.D.V.T. à la S.I.C.O.V.A.M.. Thèse, Grenoble, 1957.

BARTHAS P.

- La nouvelle publicité des sociétés de commerce (modifications apportées aux lois du 24.7.1867, du 18.3.1919 et du 7.3.1925 par le décret-loi du 31.10.1935). Thèse, Toulouse, 1936.

BASTIAN D.

- Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité. 1929.

BAUDEU G.

- Protocoles et traités de fusion. 1968.

BECQUART

- Les mots à sens multiples dans le code civil. Thèse, 1928.

BERDAH J.P.

- Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions ; thèse, 1974.

BERLIOZ G.

- Le contrat d'adhésion ; thèse, 1973.

BERTHAULT A.

- La publicité des sociétés de commerce (Avant et après le décret-loi du 30.10.1935) ; thèse, Paris, 1936.

BERR C.

- L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales. Gérance et administration des sociétés commerciales ; thèse, 1961.

BONASSIES P.

- Le dol dans la conclusion des contrats ; thèse, Lille, 1955, 2 volumes.

BOURGOING C.

- Le registre du commerce ; thèse, Paris, 1903.

BRANDEIS P.

- De la protection des obligataires dans les sociétés commerciales ; thèse, Dijon, 1900.

BURGARD J.

- Direction générale et direction technique des sociétés anonymes ; thèse, 1968.

CALAIS - AULOY J.

- Essai sur la notion d'apparence en droit commercial ; thèse, Montpellier, 1959.

CEZAR - BRU Ch. et HEBRAUD P.

- Traité théorique et pratique des référés et des ordonnances sur requête, tome 1, Des référés, 1938.

CHAMBOULIVE J.

- La direction des sociétés par actions aux Etats-Unis d'Amérique ; thèse, Paris, 1964.

CHAMPAUD C.

- Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions ; thèse, Rennes, 1961.

CLAUSING A.

- Essai critique sur les conceptions du droit français et du droit allemand en matière de publicité légale des sociétés de commerce - et sur leur combinaison en Alsace et en Lorraine - ; thèse, Strasbourg, 1929.

CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DES COMPTABLES AGREES

- L'exercice du commissariat aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales, 1970.

CONSEIL M.

- La souscription et le versement dans les sociétés par actions ; thèse, Paris, 1939.

CONSTANTIN L.

- Droit pénal des sociétés par actions ; 1968.

CORDONNIER

- De l'égalité entre actionnaires : thèse, Paris, 1924.

COULOMBEL P.

- Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé ; thèse, Nancy, 1949.

COUTURIER G.

- La confirmation des actes nuls ; thèse, 1972.

COZIAN

- L'action directe, thèse, 1969.

DECOTTIGNIES R.

- Les présomptions en droit privé ; thèse, Lille, 1950.

DJIAN Y.

- Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun ; Paris, 1965.

DONNEDIEU de VABRES H.

- Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, 1943.

DORLY P.

- Les annonces judiciaires et légales. Détermination des journaux aptes à les recevoir et fixation du tarif d'insertion ; thèse, Caen, 1912.

DOUEZI J.

- L'information sur l'entreprise : la mission des commissaires aux comptes. 1975.

DU GARREAU de la MECHENIE J.

- Les droits propres de l'actionnaire ; thèse, Poitiers, 1937.

DUPEYRON C.

- La régularisation des actes nuls ; thèse, Toulouse, 1971.

DUPUIS M.

- Le contrôle comptable. Techniques de révision. Responsabilité des commissaires aux comptes. Evolution et perspectives, 1967.

FABRE Y.

- Essai sur la nature juridique du dol dans la formation des contrats ; thèse, Toulouse, 1941.

FEIXAS R.

- De la responsabilité des banques dans les émissions de titres ; thèse, 1933.

FOX G.

- La publicité légale des sociétés de commerce ; thèse, Nancy, 1935.

GALBRAITH J.K.

- Le nouvel Etat industriel, 1967.

GAUTRAT A. et CONSTANTIN L.

- Traité théorique et pratique des syndicats financiers, 1931.

GERMAIN M.

- Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand ; thèse, Nancy, 1974.

GHESTIN J.

- La notion d'erreur dans le droit positif actuel ; thèse, Paris, 1962.

GOLDMAN B.

- Précis de droit commercial européen, 3^e éd., 1975.

GOVERNAIRE J.

- La régularité et la sincérité dans le cadre de l'information annuelle des actionnaires des sociétés anonymes ; thèse dactyl., Paris, 1970.

GRANGER R.

- La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle des sociétés par actions ; thèse, Paris, 1951.

GROSS B.

- La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats ; thèse, Nancy, 1964.

GUIGNARD R.

- La publicité dans les sociétés par actions ; thèse, Poitiers, 1926.

GUGGENHEIM D.

- L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale ; thèse, Genève, 1970.

GUYON Y. et COQUEREAU G.

- Le commissariat aux comptes. Aspects juridique et technique, 1971.

HAMEL J.

- Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. Etudes de droit commercial sous la direction de l'auteur, 1955.

HAMIAUT M.

- La réforme des sociétés commerciales, 1966, 3 volumes.

HAUSER J.

- Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique ; thèse, Paris, 1971.

HEMARD, TERRE, MABILAT

- La réforme des sociétés commerciales, 1967.

HEMARD

- Traité théorique et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2^e éd. 1926.

HEURTEUX C.

- L'information des actionnaires et des épargnants en droit français et comparé ; thèse, Grenoble, 1960.

HOURTOVILLE J.

- La souscription d'actions ; thèse, Bordeaux, 1942.

INSTITUT D'ETUDES EUROPEENNES - UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES.

- Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, 1970.

ISSA HOSSAM M.

- Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte (Essai sur le rapport entre structure sociale et droit), thèse, Paris, 1970.

JAPIOT R.

- Des nullités en matière d'actes juridiques, Paris, 1909.

JAUFFRET A.

- Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles, thèse, Aix, 1926.

KRAMATA

- La protection de l'épargne dans la législation des sociétés anonymes en droit français, thèse, 1936.

LARGUIER J.

- Droit pénal des affaires, 2^e éd., 1975.

LAUNAI H. et ACCARIAS L.

- Droit pénal spécial des sociétés par actions et à responsabilité limitée, 1964.

LECHEYER H.

- Des droits propres des actionnaires, thèse, Nancy, 1932.

LEFEBVRE R. et J.

- Les aspects juridiques du commissariat aux comptes, 1970.
- Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, 1968.

LENGEREAU R.

- Le registre du commerce, thèse, Toulouse, 1924.

LEPARGNEUR H.

- Les sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique, 1951.

LESCOT

- Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé, Paris, 1913.

LE ROY Y.

- Les syndicats d'émission, thèse, 1914.

LIEVRE R.L.

- La protection des actionnaires dans les sociétés anonymes, thèse, Paris, 1939.

LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.D.

- Droit du commerce international, 1969, 318.

LOZE de PLAISANCE J.

- La protection de l'épargne et la réforme de la publicité des sociétés de commerce et des émissions, thèse, Toulouse, 1934.

MALAN F.

- Les offres publiques d'achat. L'expérience anglaise, 1969.

MARTIN de la MOUTTE

- L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, thèse, 1951.

MAYER M.

- Le secret des affaires commerciales, thèse, Paris, 1900.

MERLE R. et VITU A.

- Traité de droit criminel, 2 volumes, 1973.

MOENECLAËY P.

- De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, thèse, 1914.

MOULIN J.L.

- La réglementation du marché boursier aux Etats-Unis d'Amérique (Securities and Exchange Commission), thèse, Lyon, 1967.

NANTAS R.

- De la publication des actes des sociétés commerciales, thèse, Lyon, 1909.

NOCQUET P.

- Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, thèse dactyl., Paris, 1967.

NOIREL J.

- La société anonyme devant la jurisprudence moderne, thèse, Nancy, 1958.

PAILLUSSEAU J.

- La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse, Rennes, 1967.

PATIN M., CAUJOLLE P., AYDALOT M., ROBERT J.M.

- Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires, 5^e éd., 1974.

PERRIN M.

- Le dol dans la formation des actes juridiques, thèse, Paris, 1931.

PINOTEAU C.

- Les risques de la gestion des entreprises, 1973.
- Le code des sociétés. Dispositions pénales, 1969.

RENAULD J.

- Droit européen des sociétés, 1969.

ROBERT J. et MOREAU B.

- Les délits en matière de sociétés. Droit pénal des sociétés commerciales, 1967.

ROUJOU de BOUEE G.

- Essai sur l'acte juridique collectif, thèse, Toulouse, 1961.

SAVATIER R.

- La théorie des obligations, vision juridique et économique. 1969.

SCHMIDT D.

- Les droits de la minorité dans la société anonyme, thèse, Strasbourg, 1970.

SIMLER P.

- La nullité partielle des actes juridiques, thèse, Strasbourg, 1968.

SUDREAU P.

- Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise présidé par M. Pierre Sudreau, 1975.

TCHERNOFF J.

- Traité de droit pénal financier, tome 2, Publicité financière, 1931.

TEMPLE H.

- Les sociétés de fait, thèse, Montpellier, 1975.

TOUFFAIT A., ROBIN J., AUDUREAU A. et LACOSTE J.

- Délits et sanctions dans les sociétés, 2° éd., 1973.

TUNC A.

- Le droit anglais des sociétés anonymes, 1971.
- Le droit des sociétés anonymes aux Etats-Unis. Cours professé à l'Université Paris I, année universitaire 1972-1973.

VAN OMMESLACHE P.

- Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé, 1960.

VEAUX D.

- La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales, thèse, 1945.

VIGREUX P.

- Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes, théorie et réalité, 1953.

III - ARTICLES, CHRONIQUES ET PRINCIPALES NOTES.

AMIAUD A.

- L'évolution du droit des sociétés par actions. Mélanges RIPERT, tome 2, 1950, p. 287.
- La sincérité des bilans et les dispositions fiscales sur l'amortissement des immobilisations, D. 1966 - 29.

ANGLEYS F.

- L'information des actionnaires et des tiers, Revue française de comptabilité aout-septembre 1972 - 246.

AUSSEL J.M.

- Les délits concernant la publicité, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955, 128.

AUTESSERRE J.

- Du délai de prescription des actions en nullité des décisions des assemblées générales des sociétés anonymes, Rev. Soc. 1962, 121.
- Note sous Paris 3.7.1961, Rev. Soc. 1962, 167 (Contenu de la feuille de présence).

BAIRIOT E.

- Les difficultés rencontrées lors de l'émission d'actions à l'échelle européenne, in Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, Bruxelles, 1970, 14.

BARBRY P.

- Les pouvoirs d'investigation des comités d'entreprise, G.P. 1946-2-78.

BASTIAN D.

- La communication aux comités d'entreprise de renseignements d'ordre financier, J. Soc. 1948-329.
- La réforme du droit des sociétés commerciales, J.C.P. 1968-2-2183.
- La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Mélanges Cabrillac, 1968, 23.
- Note sous Civ. 4.6.1946, J.C.P. 1947-3518 (Sanction convocation assemblée).
- Note sous Aix 24.1.1956, J.C.P. 1956-9638 (Convocation irrégulière malgré le respect des règles légales).
- Note sous Com. 19.1.1959, J.C.P. 1959-10966 (Convocation irrégulière d'assemblée).

BERNARD N.

- Note sous Com. 21.11.1967 et 31.1.1968, J.C.P. 1968-2-15609 (Convocation assemblée).
- Note sous Com. 26.4.1971, J.C.P. éd. C.I. 1971-10529 (nullité augmentation de capital pour dol).

BIASCA P.

- Fusions, scissions de sociétés et droits des tiers, G.P. 1969-1-86.

BLANQUET F.

- Place du salarié dans les organes de la société anonyme, J.C.P. 1973-2560.

BOITARD M.

- La Commission des opérations de bourse, J.C.P. 1968-1-2161.
- Les O.P.A., J.C.P. 1969 éd. C.I. 85982.
- Le règlement général de la Compagnie des agents de change, source d'institutions nouvelles, J.C.P. 1973-2555.
- Les négociations de blocs de titres, J.C.P. 1974-2666.

BOSVIEUX H.

- Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales (Décret-loi du 30.10.1935), J. Soc. 1936 p. 513 et 577.
- La nouvelle réglementation du mandat des commissaires, J. Soc. 1936-158.

BRUYNEEL A.

- La Commission bancaire belge, Rev. Banque n° 303 et 304, p. 125.

BURGARD J.

- Les assemblées en duplex, Rev. Soc.° 1973-293.

BURGARD J.J.

- La Commission des opérations de bourse, Rev. Banque n° 311, octobre 1972.

BURST J.J.

- Note sous Com. 13.11.1972, D. 1973-397 (Expert de minorité).

CABRILLAC H.

- La responsabilité civile des banques dans le placement et l'émission de titres à propos des obligations en franc or ou à option de change, R.T.D.Civ. 1931-313.

CAILLET

- L'examen des comptes par les comités d'entreprise, G.P. 1946-2-41.

CALAIS-AULOY J.

- La protection des tiers dans le droit des sociétés, étude réalisée sous la direction de l'auteur par le centre montpelliérain du droit de l'entreprise. R.T.D.Com. 1971-29.
- Note sous Montpellier 16.6.1964, D. 1965-101 (Apparence).

CANAC A.

- Les O.P.A. et la réglementation boursière, G.P. 1969-1-202.
- La C.O.B., G.P. 1968-2-59.
- La protection des minoritaires lors des prises de contrôle de sociétés, G.P. 1974-1-35.

CARTERON M.

- L'abus du droit et le détournement de pouvoirs dans les assemblées générales des sociétés anonymes, Rev. Soc. 1964-161.
- La protection des intérêts des actionnaires minoritaires et la prise de contrôle des sociétés par les groupes concurrents, Rev. Soc. 1969-143.
- L'affaire Saint-Gobain et les O.P.A., Journ. agréés 1969-203.

CHARTIER Y.

- L'expertise de l'article 226 de la loi du 24.7.1966, J.C.P. 1971, éd. C.I. 10244, J.C.P. 1972, éd. G. 2507.

CHEMINADE Y.

- Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, R.T.D.Com.1970-15.

CHUILON R.

- Les fusions de sociétés. Recherche des règles juridiques applicables à l'évaluation et à la rémunération des apports, J.C.P. 1970-2-2350.

COLIN

- La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler la décision d'une assemblée précédente, Rev. Soc. 1937-166.

COLOMBET

- Note sous Crim. 4.7.1962, J.C.P. 1963-2-13321 (Droit de communication - Assemblée ordinaire convoquée extraordinairement).

CONTIN R. et HOVASSE H.

- L'expert de minorité dans les sociétés par actions, D. 1971-75.

CORDONNIER P.

- L'objet social, D. 1952-171.
- L'usage des pouvoirs en blanc dans les assemblées d'actionnaires, J. Soc. 1934-417.

COTTIN J.

- La feuille de présence dans les assemblées d'actionnaires, Rev. Soc. 1963-373.

DALSACE A.

- L'extension des comités d'entreprise, G.P. 1946-2-1.
- Les délais légaux de tenue des assemblées générales des sociétés anonymes, R.T.D.Com. 1953-1.
- Le contenu de la feuille de présence, Rev. Soc. 1962-139 et R.T.D.Com 1961-523.
- De quelques abus en matière de publication dans le B.A.L.O., Rev. du droit bancaire, n° 9, p. 1928.
- Les abus de pouvoir en matière de publications légales au J.O. et au B.A.L.O., J.C.P. 1963-1774.
- Un texte à abroger : l'avant-dernier alinéa de l'article 34 loi 1867, G.P. 1963-1-81.
- Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés, Rev. Soc. 1966-399.
- Abus du formalisme juridique en matière de sociétés, J.C.P. 1966-2011 bis.
- Information des actionnaires et du public, commentaire du décret n° 65.999 du 29.11.1965 relatif à l'information des actionnaires et du public, D. 1966 - législation, 89.
- Le projet de loi sur les sociétés et les commissaires aux comptes, Rev. française de comptabilité, 1967-273.
- La réforme des sociétés et les délais et formalités relatifs à la convocation et à la tenue des assemblées générales des sociétés anonymes, J.C.P. 1967 - éd. C.I. 81500.
- Note sous Crim. 18.12.1956, D. 1957-705 (présentation bilan inexact).
- Note sous Pau 7.10.1959, D. 1960-248 (Sanction du retard dans l'établissement du procès-verbal d'assemblée).
- Note sous Com. 10.2.1969, D. 1969-526 (Communication de documents en vertu de l'article 14 du code de commerce).
- Note sous Paris 11.7.1969, D. 1969-517 (Annulation assemblée).

DECUGIS

- La révocabilité des commissaires, J. Soc. 1946-1.

DE LA HAYE R.

- Etude critique du projet de loi sur la réforme du registre du commerce, R.T.D.Com. 1949-447.
- Le registre du commerce dans les pays du Marché commun, R.T.D.Com. 1960-47.

DELAISI P.

- Les groupes de sociétés dans le droit français, G.P. 1971-2-363.
- Note sous Com. 27.11.1972, G.P. 1973-1-259 (Nullité de la souscription à une augmentation de capital).
- La clandestinité des sociétés civiles, G.P. 1968-2-6.

DE JUGLART M.

- L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.Civ. 1945-1.

DELEAU-DESHAYES M.

- Les interventions des tribunaux et de leurs présidents dans l'application de la loi du 24.7.1966 sur les sociétés, Journal des agrées, 1972-131.

DEPREZ M.

- L'élément moral dans les infractions relatives au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955-240.

DE SOLA CANIZARES

- Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales, R.T.D. Com. 1950-364.

D'ILLIERS B.

- Information des actionnaires et du public dans les pays de la C.E.E., en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, J.C.P. 1968, éd. C.I. 83580.

DONNEDIEU de VABRES H.

- Note sous Crim. 5.6.1940, D.C. 1941-30 (Publication de faits faux).

DORAT des MONTS R.

- Vers un droit européen des sociétés commerciales, J.C.P. 1965-1-1896.
- L'information des actionnaires et du public, J.C.P. 1971, éd. C.I. 10163.

DOYEN S.

- La situation provisoire du bilan des sociétés dont les actions sont cotées en bourse et de celles dont le bilan dépasse 10 millions de francs, G.P. 1970-1-242.

DREYER J.

- La protection de l'épargne par le contrôle des comptes de sociétés aux Etats-Unis et en France, J.C.P. 1972, éd. C.I. 1008.

DU COULOUX-FAVARD C.

- Le contrôle judiciaire de la constitution des sociétés de capitaux en droit italien ; les vicissitudes du contrôle judiciaire et la réforme du droit français des sociétés, Rev. Soc. 1967-1.

DU PONTAVICE E.

- Le commissariat aux comptes et la rémunération des dirigeants de société anonyme, Rev. Soc. 1968-30.
- Le commissariat aux comptes dans les lois du 24.7.1966 et 4.1.1967, Mélanges Cabrillac, 1968-337.
- Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits. Rev. Soc. 1973-599.
- Le droit du commissaire aux comptes à la communication du rapport établi par le réviseur contractuel, Bull. du Conseil national des commissaires aux comptes n° 15, p. 311.

DURAND P.

- L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes RIPERT 1950-138.

DUROUDIER R. et KUHLEWEIN R.

- De l'importance des inscriptions au registre du commerce en Allemagne, R.T.D.Com. 1955-45.

EINMAHL J.

- La réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne, R.T.D.Com. 1968-563.

ESMEIN P.

- Les notions de souscription publique, d'offre au public et d'appel à l'épargne publique en matière de sociétés, J.C.P. 1941-1-208.

FANGAIN

- Tableau analytique des diverses sanctions encourues par les dirigeants des sociétés commerciales, G.P. 1969-2-207.

FARGEAUD P.

- Le fichier (ou casier) commercial. R.T.D.Com. 1965-1.
- La souscription publique en droit français, Journ. notaires, 1958-45653.

FLOUR J.

- Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Mélanges RIPERT, tome 1 - 93.

FROMMEL S.N.

- Le droit anglais des sociétés et son adaptation au droit des Communautés européennes, Rev. Soc. 1973-1.

GAVALDA C.

- Le secret des affaires, Mélanges SAVATIER, 1965-291.

GELDERS G.

- L'expérience de la Commission bancaire en Belgique, in Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, 1970-227.

GIVORD

- L'ordre du jour dans les assemblées générales d'actionnaires, Rev. générale de droit commercial, 1939-467.

GORE F.

- La comptabilité commerciale et le droit. Etudes offertes à Joseph HAMEL, 1961-89.
- Le contrôle de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires. Rev. française de comptabilité, 1967-217.
- Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français du code des sociétés. R.T.D. Com. 1965-269.

GRASSERIE R.

- De la publicité attractive et publicité répulsive, Rev. générale du droit, 1898-1899-167.

GUILBERTEAU

- Note sous T.C. Paris 26.4.1971, Rev. Soc. 1972-242 (société de fait).

GUYENOT

- Commentaire de l'ordonnance 67.833 du 28.9.1967, D. 1968-139.
- Rapport sur les sociétés civiles, G.P. 1971-2-382.
- La C.O.B. et l'information des porteurs de valeurs mobilières sur l'activité et les résultats des sociétés, G.P. 1973-1-160.

GUYON Y.

- Note sous Paris 11.7.1969, J.C.P. 1969-16081 (Récusation des commissaires aux comptes).
- Note sous Com. 22.11.1971, J.C.P. 1972-2-17066 (Renonciation au droit préférentiel de souscription. Rapport des commissaires aux comptes).
- Note sous Orléans 22.11.1971, J.C.P. 1972-17154 (Expert de minorité).
- Note sous Com. 2.7.1973, D. 1973-674 (Responsabilité civile des commissaires aux comptes).

HAMEL J.

- La personnalité morale et ses limites. D. 1949-141.
- La protection des minorités dans les sociétés anonymes, Rev. internationale de droit commercial. 1951-677.

HEMARD J.

- Les sociétés de fait en droit français, Travaux de l'association H. Capitant, tome 11, 1957-149.
- La constitution des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, R.T.D. Com. 1969-269. Mélanges Cabrillac, 1968-269.
- Le droit pour les actionnaires minoritaires de demander une expertise pour certains actes de gestion. Cahier jubilaire du 25^e anniversaire de la fondation de la Revista de Derecho Comercial de Montevideo, 1971-285.
- La suppression du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital dans les sociétés anonymes, in Mélanges Jauffret, 1974-393.

HEMARD, TERRE, MABILAT

- La réforme de la réforme des sociétés commerciales, suite..., D. 1970-45.
- La douzième réforme du droit des sociétés commerciales, Rev. Soc. 1970-201.

HERZOG J.B.

- Rêveries d'un pénaliste solitaire sur le droit des sociétés, D. 1966-91.

HONORAT A.

- Note sous Com. 20.10.1969, Rev. Soc. 1971-37 (Nullité de la démission d'un gérant pour défaut de publication).

HOUARD P.

- Les pools d'investissements. Moyen moderne de mobilisation de l'épargne privée, Rev. Soc. 1970-81.

HOUIN R.

- Où en est le droit des sociétés dans le Marché commun ? R.T.D. Européen 1968-131.

HOUIN et GORE

- La réforme des sociétés commerciales. D. 1967-121.

JAUFFRET A.

- La réforme du registre du commerce (décret 53.705 du 9.8.1953) D. 1953-145.
- Les réformes récentes du registre du commerce, R.T.D.Com. 1969-395.
- La modification du capital émis dans les sociétés anonymes, notamment du point de vue des droits de souscription préférentielle, R.T.D.Com. 1974-183.

KEVORKIAN A.J.

- Quelques critiques pragmatiques de la loi française sur les sociétés commerciales, G.P. 1968-2-98.

LACOMBE J.

- Note sous Com. 30.4.1968 et 21.11.1967, D. 1969-89 (Sanction des règles relatives à la convocation des assemblées d'actionnaires).
- Inflation, fiscalité et entreprises, D. 1975-59.

LAGARDE G.

- Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? Mélanges JAUFFRET, 429.

LALOU H.

- La solennisation des actes S.S.P. ou des exigences abusives du "bon pour", D.H. 1933-33.

LARGUIER J.

- Mauvaise foi et faux bilan (réflexions sur l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 18.12.1956). Etudes offertes à J. HAMEL, 1961, 293.

LAUNAIS et BOKOBZA

- Le commissaire aux comptes des sociétés anonymes devant l'obligation de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa fonction, G.P. 1965-10.

LAURIOL M.

- Le rapport spécial des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes (Article 40 de la loi du 24.7.1867), R.T.D.Com. 1955-723.

LE GALCHER BARON M.

- Note sous Com. 18.2.1964, J.C.P. 1964-2-13757 (Renonciation au droit préférentiel de souscription, Rapport des commissaires aux comptes).

LELEUX P.

- Le droit des sociétés aux Etats-Unis et dans la C.E.E. Perspectives de leur évolution, R.T.D.Européen 1968-50.

LENFANTIN B.

- Contrat de souscription, J. Cl. sociétés, n° 115.

LEPARGNEUR H.

- A propos de la communication des documents aux actionnaires, J. Soc. 1924, p. 47 et s., et p. 97 et s.

LEQUEN G.

- La régularisation de la situation de la société après la constatation d'un actif net inférieur au quart du capital social, J.C.P. 1972-1-éd. C.I. 10446.

LESOURD

- L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblée générale, R.T.D.Com. 1962-1.

LESCOT

- Le mandat apparent, J.C.P. 1964-1-1826.

LE TOURNEAU P.

- Les actions des dirigeants initiés des sociétés par actions, R.T.D.Com. 1971-593.
- Périlleuses vanités (de l'article 262 du code pénal), D. 1972-157.
- Contre le "Bon peur", D. 1975-187.

LEVASSEUR

- Note sous Civ. 28.1.1954, D. 1954-217. (Personnalité morale des comités d'établissements).

LOSS L.

- Le concept de fiducie appliqué aux opérations des dirigeants sur les titres de leur société dans le droit des Etats-Unis, Rev. internationale de droit comparé, 1969-743.
- The American Regulatory System, in Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis, 1970.

LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.D.

- La réglementation des ententes ; le recul du pouvoir judiciaire, D. 1963-33.

LUGAN J.

- De l'opposabilité aux tiers en matière de sociétés commerciales, G.P. 1969-1-183.

MABILAT P.

- Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes, Rev. Soc. 1970-59.

MAEIJER

- L'évolution du droit des sociétés anonymes aux Pays-Bas, R.T.D.Com. 1970-314.

MALAN F.

- Les problèmes soulevés par les offres publiques d'achat et la réglementation du 21.1.1970, J.C.P. 1970-2304.
- O.P.A. simplifiée, J.C.P. 1972-1-2484.
- Le rachat des actions minoritaires dans les opérations de prise de contrôle de sociétés, J.C.P. 1972-1-2450.

MASSIN E.

- La réforme du registre du commerce en ce qui concerne les sociétés, Recueil Commaille 1967-393.

MAZEAUD L.

- L'administration des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales, in Etudes sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, 1965-71.

MERMILLOD L.

- Les délits d'ordre comptable, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955-240.

MEYNIAL

- Note sous Req. 23.2.1891, S. 1892-1-73. (Personnalité morale des sociétés civiles).

MIRAT B.

- L'intervention de la Chambre syndicale des agents de change, in Nouvelles techniques de concentration, 1971, p. 25.

NGUYEN XUAN CHANH

- La nullité des sociétés, D. 1968-27.

OPPETIT B.

- La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, J.C.P. 1970-2-2361.
- Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme, J.C.P. 1969-1-2227.

PAILLUSSEAU J.

- Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, R.T.D.Com. 1972-813.

PAILLUSSEAU et CONTIN

- La cession de contrôle d'une société, J.C.P. 1969-1-2287.

PATRY R.

- La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Secrétan, 1964-227.

PERCEROU

- L'exemplaire du bulletin sur papier libre à remettre aux souscripteurs, Ann. droit commercial, 1939-5.

PERROUD J.

- La condition de l'actionnaire, Etudes offertes à G. RIPERT, 1950, tome 2, p. 319.

PERROT R.

- La compétence du juge des référés, G.P. 1974-895.

PETIT D.

- Nouvelles réglementations boursières : O.P.A., blocs de titres, contrepartie, Rev. Banque, n° 319 - 543.
- Les O.P.A., Rev. Banque n° 284.

PIEDELIEVRE B.

- Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de services dans les sociétés anonymes après la loi du 24.7.1966, J.C.P. 1968-2205.

PINOTEAU C.

- La réévaluation libre des bilans, J.C.P. 1974-2597.
- Sur l'opportunité d'une réévaluation légale des bilans, J.C.P. 1974-2636.

PIROVANO

- Note sous Com. 12.2.1969, D. 1969-377 (Société radiée du registre du commerce. Application du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens).

POULNAIS

- L'achat de ses propres actions par une société depuis la loi du 24.7.1966, R.T.D.Com. 1969-17.

PUECH M.

- La C.O.B. et la surveillance du marché boursier au regard du droit pénal, Mélanges BASTIAN, tome 1 - 211.

RAULT J.

- Les certificats pétroliers, R.T.D.Com. 1957-843.
- Le statut européen des sociétés, le registre européen du commerce, Annuario di diritto comparato, 1960, 93.

RENGADE M.

- Les clubs d'investissement, J.C.P. 1969, éd. C.I. 85649.
- Les sociétés civiles professionnelles de commissaires aux comptes, J.C.P. 1969, éd. C.I. 86946.

RICHARD J.

- Sociétés anonymes. Assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires. Planning des formalités préparatoires et postérieures, J.C.P. 1969, éd. N. 2242.
- Sociétés anonymes. Principales formalités et obligations non périodiques s'appliquant à la vie courante de la société (modifications statutaires exclues). J.C.P. 1969, éd. N. 2283.
- Récentes modifications du droit des sociétés commerciales, J.C.P. 1970-2306.
- Note sous Com. 11.2.1969, J.C.P. 1969-16137 (Constitution de société et apport concomitant d'un fonds de commerce : publications distinctes).

RIEG A. et LOTZ F.

- La publicité en matière de régimes matrimoniaux, J.C.P. 1973, éd. N. 2570.

RIOU M.

- La protection pénale du droit de voter, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes. 1955-341.

RIVES G.

- Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales, R.T.D.Com. 1969-407.

ROBIN J.

- Les responsabilités pénales des dirigeants "de fait" des sociétés commerciales dans la loi du 24.7.1966, Rec. droit pénal, 1966-1.

ROBLOT R.

- Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial. Mélanges Voirin, 1966-710.

RODIERE R.

- Les mentions de la feuille de présence. D. 1961-67 et Rev. Soc. 1961-263.
- La protection des minorités dans les groupes de sociétés. Rev. Soc. 1970-243.

ROSSI H.

- Du contrôle judiciaire de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales, J.C.P. 1964-2-1868.

ROUSSE J.P.

- Feu le préjudice au principal, G.P. 1972-2-539.
- La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés. La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés, G.P. 1974-837.

SAINT-ALARY R.

- La réforme du registre du commerce (décrets 53.705 du 9.8.1953 et 54.37 du 6.1.1954), J.C.P. 1954-1-1153.

SCHMIDT D.

- Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle, D. 1972-223.

SEIGNOLLE J.

- De l'évolution de la juridiction des référés, J.C.P. 1954-2-1205.
- De l'évolution de la juridiction des référés. La transformation de la juridiction des référés en juridiction contentieuse et définitive, J.C.P. 1955-1228.

SERRA Y.

- Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68.151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés, D. 1973-97.

SIMON P.

- De la dénonciation par les commissaires aux comptes des faits délictueux, Rev. Banque 1965-697.

SINAY R.

- La proposition de directive européenne en matière de sociétés commerciales et le projet de loi français, G.P. 1965-1-38.
- Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires, Rev. Soc. 1966-246.
- Vers un droit des groupes de sociétés, G.P. 1967-1-70.
- La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français, G.P. 1971-1-146.

SOLAL A.

- La nouvelle situation des créanciers de l'apporteur de fonds de commerce en cas d'apport par voie de fusion ou de scission de sociétés, R.T.D.Com. 1967-459.

SORTAIS J.P.

- Rapport sur l'expertise de l'article 226, G.P. 1975-1-28.
- Observations à propos de la définition des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. J.C.P. 1968-2-2194.
- Note sous Com. 18.6.1973, Rev. soc. 1973-682 (Dol. Effets de la nullité).

SOYER J.C.

- Les délits relatifs au bilan, in Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, sous la direction de J. HAMEL, 1955-215.

SYNVET H.M.

- Note sous Rennes 25.2.1972, J.C.P. 1972-2-17220 (Ordre du jour. Révocation administrateur).

TCHERNOFF J.

- Le prospectus de placement, D.H. 1936-9.

TERRE F.

- L'étendue de la mission de l'expert chargé par un tribunal d'apprécier la gestion, Rev. économie et comptabilité, mars 1971, p. 5554.

THALLER

- Note sous Cass. 30.5.1892, D.P. 1893-1-105. (importance de l'assemblée générale dans la société anonyme).

TOULEMON A.

- L'information des actionnaires et le secret des affaires. S. 1964-35.
- L'avenir des sociétés anonymes, R.T.D.Com. 1957-913.

TRIAL J.

- Le statut et les tâches des commissaires aux comptes, Rev. française de comptabilité, 1967-273.

TROCHU M.

- Les O.P.A., R.T.D.Com. 1967-695.
- La réglementation de l'O.P.A.. Commentaire de la nouvelle réglementation des O.P.A. (Additif au règlement général de la Compagnie des agents de change homologué par le Ministre des finances le 21.1.1970 et une décision de la C.O.B. approuvée le même jour), D.S. 1971, législation, 124-1.

TUNC A.

- Le contrôle fédéral des sociétés par actions aux Etats-Unis, R.T.D. Com. 1952 - 225 et 509.
- L'effacement des organes légaux de la société anonyme. D. 1952-73.
- Note sous T.C. Seine 15.1.1953, D. 1953-312 (La note exprime la théorie de l'information intégrale).

VAN OMMESLAGHE P.

- L'information du grand public des épargnants. Rev. pratique des sociétés, 1966-217.
- La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés. Cahiers de droit européen, 1969-495.

VAN RYN J.

- Le projet de statut des sociétés européennes. R.T.D.Européen 1971-563.

VASSEUR M.

- Quelques arguments pour une société de type européen. Rev. Soc. 1965-18.
- Une création de la pratique : Les censeurs dans les sociétés anonymes. D. 1974-67.
- Quelques caractéristiques du droit français des valeurs mobilières. in Les émissions de titres de sociétés en Europe et aux Etats-Unis. Bruxelles 1970, p. 238.
- De la priorité reconnue aux actionnaires ayant renoncé à leur droit préférentiel de souscription en cas d'émission d'obligations convertibles. Mélanges Bastian, tome 1, 361.

VEAUX D.

- Le rôle des comités d'entreprise dans les sociétés anonymes... Droit social. 1948-87.

VIGNES D.

- Les pouvoirs du juge des référés commerciaux. R.T.D.Com. 1950-375.

VIMONT J.C.

- De quelques discordances, lacunes ou ambiguïtés dans la nouvelle loi sur les sociétés commerciales. G.P. 1967-2-7.

VOIRIN P.

- Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales. D. 1931-49.

WAHL A.

- De la garantie des vices dans la vente des valeurs mobilières. R.T.D. Civ. 1914-5.

WEILL A.

- Note sous T.G.I. Strasbourg 25.5.1951, J.C.P. 1951-2-6494. (société entre époux, validité de principe, réserve en cas de fraude).

WISNER

- Réflexions sur la mission des commissaires aux comptes. Rev. Soc. 1967-371.

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros)

A

- Actionnaires, 4 et s., 48 et s.
- Appel public à l'épargne, 11, 80 et s.
- Apports en nature, 237, 260, 292 et s.
- Assemblées générales, 337 et s.
 - ajournement, 188
 - convocation et ordre du jour, 340 et s., 537
 - information du vote, 360 et s., 537
 - information lors de la sollicitation de procurations, 353 et s.
- Augmentation de capital, 280, 297 et s.

II

- B.A.L.O., 109 et s., 280 et 281
 - publicité d'une notice préalablement aux souscriptions, 280 et 281
 - publicité de renseignements comptables, 397 et s.
- Banques, 83, 357, 508 et s., 514
- B.O.D.A.C., 94 et s.
 - effet de la publicité au B.O.D.A.C., 484 et s.
 - intervention du greffier, 95
 - organisation, 94
 - publicité de la constitution de la société, 239
- Bulletin de souscription, 288 et s.

C

- Cession de bloc de contrôle, 328 et s.
 - domaine de la réglementation, 332 et s.
 - information, 331

- Cession de titres nominatifs, 312 et s.
- Chiffre d'affaires, 400 et s.
- Comité d'entreprise, 53
- Commissaire aux apports, 260, 292 et s.
- Commissaire aux comptes, 119 et s.
 - compétence, 135 et s.
 - contrôle de la C.O.B., 209
 - incompatibilités, 123 et s.
 - mission, 144 et s.
 - obligation de révéler au procureur de la République les faits délictueux constatés, 543 et s.
 - pouvoirs d'investigation, 140 et s.
 - rapport général, 379 et s.
 - rapports particuliers, 259 et 260, 369, 380
 - récusation, 128 et s.
 - responsabilité, 504
 - révocation, 132 et s.
- Commission des opérations de bourse, 195 et s.
 - mission, 198 et s.
 - organisation, 203
 - pouvoirs d'investigation, 204 et s., 536
 - résultats du contrôle de la C.O.B., 207 et s. visa des notes d'information 283
 - rôle dans la mise en œuvre des poursuites pénales, 546 et s.
- Comptes annuels, 385 et s., 529
- Constitution de la société,
 - formalités au greffe, 176, 231, 236 et 237
 - publicité au B.A.L.O., 280
 - publicité au B.O.D.A.C., 232 et s., 239

Convocation et ordre du jour des assemblées, 340 et s.

Correspondance et papiers commerciaux, 106 et s.

Coût de la publicité,

- admission de titres à la cote, 282 note 2
- envoi d'informations au domicile des actionnaires, 77

D

Déclaration de conformité souscrite à la constitution de la société, 176, 236 et 237

Dirigeants,

- conventions conclues avec la société, 366 et s.
- informations privilégiées, 201, 311, 405 et s., 537
- nomination et cessation de fonctions, 237, 240 et s., 492 et s.
- rémunérations, 364 et s.
- responsabilité, 502 et s., 505 et s., 540

Dissolution, 269 et s.

E

Emission d'emprunt obligataire, 280

- note d'information, 280
- obligations convertibles, reconnaissance d'un droit de priorité, 305

Envoi d'informations au domicile des actionnaires, 63 et s.

- convocation aux assemblées, 66 et s.
- coût de cette forme de publicité, 77
- inadaptation de cette forme du publicité, 76 et s.
- information dispensée en dehors des cas prévus par la réglementation, 71 et s.
- préalable au vote, 70
- preuve de la réception des documents, 75

- sollicitation de procurations, 69, 353 et s.

Epargnants, 8

Expert de minorité, 151 et s.

- conditions de nomination, 154 et s.
- étendue de la mission, 162 et s.
- modalités d'exécution de la mission, 167 et s.

F

Fusions et scissions, 254 et s.

- parité d'échange, 261 et s.
- projet, 255 et s.
- publicité de l'opération réalisée, 265 et s.
- rapport des commissaires aux apports, 260
- rapport des commissaires aux comptes, 259 et 260

I

Information en dehors des cas prévus par le droit des sociétés, 71 et s., 189 et s.

Inopposabilité, 480 et s.

Inventaire, 373 et s.

J

Journaux d'annonces légales, 96 et s.

Juge des référés, 181 et s.

L

Liste des actionnaires, 351

N

Notaires, 36, 513

Notes d'information, 112 et s., 210, 282 et s.
- abrégé, 115, 286

- diffusion, 113
- note simplifiée, 287
- visa de la C.O.B., 210, 283

Nullité, 440 et s.

- cas de nullité, 443 et s.
- effets de la nullité, 477 et s.
- obstacles à l'exercice de l'action, 468 et s.

O

O.P.A., O.P.E., 316 et s.

- domaine de la réglementation, 320
- information, 321 et s.
- modification de l'offre initiale, 322
- offres concurrentes, 323
- procédure simplifiée, 319
- prorogation de la date de clôture de l'offre, 321

Opposabilité, 480 et s.

P

Personnalité morale, 425 et s.

Presse, 100 et s.

- double fonction, 101
- tarif, 104

Procuration (vote par-), 353 et s.

Publicité occasionnelle, 405 et s.

R

Rapports des commissaires aux comptes,

- rapport général, 379 et s.
- rapports particuliers, 259 et 260, 362, 380

Rapports du conseil d'administration ou du directoire,

- rapport général, 375 et s.
- renonciation au droit préférentiel de souscription, 299 et s.

Réduction du capital, 307 et s.

Registre du commerce, 21 et s.

- contrôle, 172 et s., 536
- historique, 21 et s.
- modalités de la communication, 38 et s.
- registre local, 26 et s.
- registre national, 34 et s.
- registre du commerce européen (projet), 35

Représentants légaux de la société, 40, 117, 503, 540

- inopposabilité des clauses statutaires restrictives de pouvoirs, 495 et s.

Responsabilité,

- civile, 500 et s.
- pénale, 515 et s.

Responsable de l'information (institution d'un -), 45, 412

S

Siège social (communication au -), 42 et s.

- assistance d'un expert, 51
- bénéficiaires de la communication, 47 et 52 et s.
- définition du lieu où doit s'opérer la communication, 44
- droit de prendre copie, 55 et s.
- exercice du droit à l'information par mandataire, 49 et s.

Situation provisoire du bilan, 403 et s.

Souscriptions, 279 et s., 528, 531 et s., 537

Statuts, 220 et s.

- contenu, 225 et s.
- forme, 221 et s.
- modifications statutaires, 250 et s.
- publicité des statuts réalisée à la création de la société, 230 et s.

T

Tableau des résultats, 371

Tiers, 9

Tribunal, 185

- exécution forcée, 187
- mesures conservatoires, 188
- octroi d'un droit de communication
plus large que celui prévu par le
droit des sociétés, 189 et s.

